

El control de convencionalidad y la justicia constitucional

Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad

Por

Adelina Loianno¹

Sumario: 1. Introducción 2. La Justicia Constitucional 3. La evolución de la doctrina del "Control de convencionalidad" 4. La dificultades del control de convencionalidad frente al control de constitucionalidad. 5. El método de interpretación. El diálogo interjurisdiccional. a) Nivel de acatamiento por los tribunales nacionales. b) Coincidencia de objetivos entre los Tribunales supranacionales y las Cortes o jueces nacionales. c) Nivel de conocimiento de la jurisprudencia y de los estándares que introduce del derecho internacional de los derechos humanos. d) El margen de apreciación y la pauta de razonabilidad. 6. El alcance de la sentencia constitucional. 7. La función del Juez y la responsabilidad del Estado. 8. Conclusiones.

1. Introducción

El desarrollo de la teoría del control de convencionalidad elaborado por la jurisprudencia de la Corte IDH ha introducido en el derecho procesal constitucional algunos problemas de coordinación a partir de las particularidades que identifican a cada Constitución y los procesos constitucionales locales con las exigencias que impone el control de convencionalidad de fuente exclusivamente supranacional.

Ese impacto provoca necesariamente una relectura en varios aspectos relacionados con la justicia constitucional: La función constitucional del juez, el método de interpretación, el alcance de la sentencia, las implicancias para la responsabilidad del Estado y la extensión de las reparaciones, entre otros.

¹ Abogada y escribana UBA. Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos Universidad de Buenos Aires (grado y posgrado). Investigadora de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derechos Humanos de la UCES. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. (Director: Dr. Daniel A. Sabsay). Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA.

Intentaremos aportar algunas consideraciones iniciales sobre estos problemas que por su incipiente aparición provocan decisiones novedosas no siempre acordes con el sentido y alcance de las normas internacionales contenidas en los Tratados.

2. La Justicia Constitucional

La *Jurisdicción constitucional* abarca aspectos de muy diversa índole, como el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales. El examen "orgánico" de la jurisdicción constitucional se ocupa de la estructura, organización, poderes y funciones de los tribunales constitucionales. La *justicia constitucional*, en tanto, es el resultado del funcionamiento de los tribunales encargados de hacer efectivo el "efecto útil" de la Constitución a través de procesos judiciales que respeten los requisitos mínimos del debido proceso legal: Lo estructural u orgánico con más lo procedimental.

Una de las cuestiones principales se ubica en definir el marco conceptual del debido proceso constitucional, que sirva como una pauta común para todo tipo de procesos y como regla especial para los conflictos constitucionales. En este sentido el derecho procesal constitucional se ocupa de: 1) el acceso a la justicia; 2) los principios de bilateralidad y contradicción; 3) la carga de la prueba; 4) la fundamentación de las resoluciones judiciales; 5) la ejecución de la sentencia².

No obstante, al Juez constitucional no se le imponen reglas insalvables, porque su potestad principal está en la *interpretación judicial*, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa facultad jurisdiccional. Nos referimos a los modelos de magistratura constitucional que van del control difuso (Argentina, Estados Unidos, Brasil) al concentrado (Colombia, Perú) o asignado con exclusividad a una única sala del Tribunal Superior (Costa Rica)

Lo destacable es que el Juez constitucional, cualquiera sea el modelo elegido, posee un entrenamiento que le permite advertir y sancionar la incompatibilidad entre la norma constitucional (suprema) y cualquier otra que integre el sistema normativo infraconstitucional.

Esta competencia, para la cual ha sido forjado y que posee la más alta calidad institucional porque está destinada a sostener la supremacía constitucional;

² Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Capítulo 3, Jurisdicción y Justicia Constitucional, pág. 47.

encuentra una nueva modalidad en cuanto se le adiciona la labor de revisar también la anticonvencionalidad del derecho interno, tarea que involucra no solo el derecho infraconstitucional porque incluso la propia Constitución debe ser sometida a este tipo de control.

3. La evolución de la doctrina del “Control de convencionalidad”

La doctrina del “control de convencionalidad” fue mencionada por primera vez en el voto razonado del magistrado Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Dijo allí el Magistrado que

“27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”³.

Esta primera aproximación al tema parece resumir el control de convencionalidad como función propia de la Corte IDH.

Pero fue en el caso “*Almonacid Arellano vs. Chile*” (2006) donde el Tribunal se refirió directamente, ahora en pleno, al “control de convencionalidad” definiéndolo como “una especie de control de constitucionalidad” con el siguiente argumento:

“124. 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

³ Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrafo 27. El mismo Magistrado lo vuelve a referir someramente en los casos *Tibi c. Ecuador*, Corte IDH, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, n.º 114, párr. 3, en *López Álvarez c. Honduras*, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1º de febrero de 2006, Serie C, n.º 141, párr. 30 y en *Vargas Areco c. Paraguay*, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 155, párr. 6.

*de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta Gozaíni 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"*⁴. [Señalamos que en adelante el subrayado es nuestro]

En esta primera aproximación se insinúan las reglas básicas que identifican el procedimiento de verificación de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos:

- a) La ratificación de un tratado internacional (no solo la CADH) obliga a los Estados a velar por su cumplimiento aún por encima del ordenamiento jurídico interno.
- b) Los jueces como parte del aparato del Estado están sometidos a lo que disponen los tratados (no solo la CADH).
- c) Los jueces deben velar por que los tratados (no solo la CADH) sean aplicados y a procurar su plena efectividad.
- d) Los jueces deben tener en cuenta no solo el tratado sino también la interpretación que ha hecho la Corte IDH.

Se destacan especialmente dos aspectos: La identificación de los jueces internos como órganos de control y la referencia general a los tratados internacionales si bien con trato preferencial para la CADH por ser el documento principal del sistema interamericano en materia de derechos humanos.

Si bien en este caso la Corte IDH aludió simplemente a una "especie" de control de constitucionalidad dejando un margen de apreciación a los órganos judiciales de los Estados para definir con mayor rigor como sería el procedimiento y el órgano competente para realizar ese "control", en poco tiempo modificó ese criterio pasando a considerar que es el Poder Judicial quien tiene el "deber" de ejecutar ese control.

Este concepto fue elaborando con mayor precisión en el fallo "*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*"(2006) donde dijo:

⁴ Corte IDH, "*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 154 párr. 124.

“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 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...”⁵

En su escueto voto razonado, Cancado Trindade complementa el concepto expresando 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”⁶.

Así, el concepto originario de “control de convencionalidad”, si bien se mantiene como competencia del Poder Judicial, adquiere otras exigencias:

- a) Se excluye el margen de apreciación nacional para transformarse en una exigencia o deber.
- b) Se debe ejercer “de oficio” es decir aun cuando no hubiere requerimiento expreso de las partes.
- c) Se debe ejecutar en conjunto con el control de constitucionalidad.

En nuestra opinión a partir de esta sentencia se va perfilando un modelo único de control de convencionalidad⁷ que minimiza los sistemas nacionales de

⁵ Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C, No. 158.

⁶ Voto Razonado de Antonio Cancado Trindade en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro) vs. Perú*, párrafo 3.

⁷ Víctor Bazan lo identifica como un “modelo hermenéutico general” cuyas reglas deben ser cumplidas estrictamente por los Estados si quieren respetar adecuadamente con los compromisos ///

control de constitucionalidad y desconoce los problemas de compatibilidad con aquellos que reservan únicamente para algunos de sus jueces la función de dicho control, como ocurre en los sistemas concentrados⁸. Nos referiremos a esta dificultad y sus consecuencias en los siguientes capítulos.

Hasta aquí la Corte IDH configura el “*control de convencionalidad*” como función del juez nacional que evalúa la coincidencia entre la norma interna (sea constitucional o infraconstitucional) y los Tratados sobre Derechos Humanos, con el objeto de identificar las contradicciones que pudieran generar la responsabilidad internacional del Estado. Pero dicha verificación no se limita a la mera constatación de discrepancias sino que se extiende hacia los efectos que provocaría la aplicación de la ley anticonvencional, debiendo el juez local utilizar todas las herramientas que hacen a su función para evitar la consumación de la violación que implicaría habilitar esa norma.

Asimismo, si los efectos de la norma anticonvencional ya se hubieran producido, las consecuencias del control solo podrían configurarse a través de reparaciones sustitutivas⁹.

Pero más adelante (2010) el tribunal internacional superó la limitación de competencia para controlar que había sostenido únicamente en cabeza del Poder Judicial, extendiendo la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, es decir no solo a los magistrados sino también a cualquier otro funcionario relacionado con la administración de justicia (V.g. Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, Superintendencia, etc.). Así lo sostuvo en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

“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

/// internacionales asumidos en ejercicio libre de su soberanía (*El control de convencionalidad, incógnitas, desafíos y perspectivas*, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, codirigido por Víctor Bazan y Claudio Nash Rojas, 2011, Fundación Konrad-Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, pág 28).

⁸ Es el caso de Colombia, Perú, Guatemala, Ecuador, Chile, Bolivia, República Dominicana. También se producen problemas de implementación en aquellos países cuyos tribunales superiores tienen salas especializadas en los temas constitucionales, como Costa Rica, Venezuela, El Salvador o Paraguay,

⁹ Sobre reparaciones en el sistema interamericano ver Loianno, Adelina, “*Modalidades de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” en *Revista de Derecho Procesal* N° 2007-2 Sentencia –I, pág 265/297, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

*administración de justicia deben 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*¹⁰.

Obsérvese que, si bien se mantienen las reglas hermenéuticas elaboradas hasta ese momento (competencia judicial, test de compatibilidad normativa con preeminencia del derecho convencional, procedimiento de oficio, incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH), la competencia en materia de control se amplía de los jueces a los funcionarios judiciales "*de cualquier nivel*". Esto significa que las relaciones de subordinación administrativa y/o funcional no podrían invocarse como razón o causa para dejar de aplicar una norma que contradiga la CADH o la interpretación que de ella hubiera realizado la Corte IDH.

Como vemos aparece aquí otro problema a considerar porque ese mandato dirigido a todo funcionario judicial cualquiera sea su cargo o función introduce un elemento de inevitable conflicto en los deberes impuestos por las jerarquías administrativas, cuyas consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales son claramente previsibles. En este punto es necesario aclarar que en modo alguno cuestionamos la apertura que propone la Corte IDH sino que planteamos los evidentes inconvenientes que se crearán en el ejercicio de las respectivas competencias y las relaciones de supra y subordinación, que implican el verdadero desafío al que debe sujetarse un Estado que se dice respetuoso de los derechos humanos.

Pero la Corte IDH sigue avanzando y en el caso *Gelman vs. R.O. Uruguay* (2011)¹¹ la obligación de ejercer control de convencionalidad se amplía a "*cualquier autoridad pública*". Este caso resulta particularmente interesante porque entre otras violaciones, se invoca la responsabilidad del Estado por haber dictado una ley de amnistía que impidió en su momento continuar con las investigaciones destinadas a conocer el paradero de una persona desaparecida¹².

Al referirse al control de convencionalidad, la Corte IDH mantiene básicamente el mismo párrafo de sus precedentes pero agrega algo más: "*todos sus órganos*". Veamos el párrafo 193:

¹⁰ *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 220, párr. 225.

¹¹ *Caso Gelman c. Uruguay*, Corte IDH, sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, n.º 221.

¹² Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay. En 1988 la Suprema Corte declaró la constitucionalidad de dicha ley. Al año siguiente un grupo de familiares de detenidos desaparecidos y otros ciudadanos promovieron un referéndum contra la ley que no obtuvo las mayorías necesarias. Nuevamente en 2009 se propuso a través de iniciativa popular una reforma constitucional que introdujera la nulidad de la misma ley, pero tampoco fue aprobada por la ciudadanía.

"Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que 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 y en esta tarea, deben 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".

Como vemos, según esta jurisprudencia, los jueces son un órgano más con competencia de control y no "el único" órgano que ejerce esa función. Es por ello que en el caso Gelman la Corte IDH entiende que cuando la legislatura uruguaya dictó la cuestionada Ley de Caducidad ella misma debió hacer "control de convencionalidad" porque sin duda esta ley violaba los arts. 1.1. y 2 de la CADH.

Cabe señalar que la Ley de Caducidad había sido objeto de la Opinión Consultiva 13/93 promovida por la República Argentina y Uruguay en relación con la convencionalidad de esta norma y de las leyes argentinas 23.492 de Punto Final y 23541 de Obediencia Debida. Ya en ese documento había interpretado la Corte IDH:

"26)...Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención...También por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos" y "27)...que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos"¹³.

Un año después y con motivo de una consulta efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicó la Corte Interamericana en la OC 14/94 "Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos" *"...que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación*

¹³ OC 13/93, "Ciertas Atribuciones de la Comisión IDH", Corte IDH (Serie. A), 16/7/93, n° 13, 1993".

de ésta...y genera la responsabilidad internacional de tal Estado”¹⁴. En ambas Opiniones Consultivas se evidencia la apreciación de la Corte Interamericana sobre la indudable responsabilidad del Estado generada por disposiciones de derecho interno contrarias a la Convención. Al mismo tiempo y sin decirlo expresamente hace responsables a los órganos legislativos por no haber considerado la “anticonvencionalidad” de tales leyes, en otras palabras por no haber hecho “control de convencionalidad” en la tarea legislativa.

El caso Gelman expande aún más la teoría del control de convencionalidad al ubicarla como límite a las decisiones de las mayorías en un sistema democrático.

Así lo señala en el párrafo 238 al decir:

“El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional” La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia ... se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”.

Agrega en el párrafo siguiente que:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” ... que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

¹⁴ Opinión consultiva OC-14/94 del 9/12/94 Corte I.D.H. (Serie A) n° 14 (1994) “Responsabilidad Internacional por Expedición a Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención” (Arts. 1 y 2 de la CADH).

Como vemos, el deber de controlar la convencionalidad en función no sería solo de los órganos del Estado -cualquiera sea su naturaleza o nivel- sino incluso de la propia ciudadanía (párrafo 238 de la sentencia) porque, aun ejercitando los mecanismos democráticos, ella podría comprometer la responsabilidad del Estado si con ello lesiona los derechos humanos. Entendemos que la incorporación de la ciudadanía como órgano primario de control de convencionalidad ofrece una nueva perspectiva del tema que merecerá seguramente en el futuro una mayor profundidad de análisis y ponderación por parte de la Corte IDH.

Por el momento la doctrina de ese Tribunal no tiene fisuras en considerar que son órganos de control todos los que integran el Estado sin importar a que poder pertenecen así como los funcionarios cualquiera sea su nivel.

4. La dificultades del control de convencionalidad frente al control de constitucionalidad

Como la jurisprudencia de la Corte IDH asimila el control de convencionalidad con el de constitucionalidad también es necesario examinar las afinidades y discordancias que se generan entre el modelo hermenéutico que va elaborando la Corte IDH y los distintos sistemas nacionales de control de constitucionalidad.

El principal punto de encuentro es la naturaleza del acto de control: La constatación de compatibilidad de toda norma jurídica con otra de mayor jerarquía que debe prevalecer por mandato constitucional o convencional, con el objeto de garantizar la supremacía de la constitución (control de constitucionalidad) o de la Convención (control de convencionalidad).

Los principales puntos de conflicto: el órgano, el procedimiento, los efectos.

Según vimos en el capítulo anterior, la Corte IDH en sucesivas sentencias mantuvo no solo la terminología (control de convencionalidad) sino el sentido de su significado: Cuando una disposición no esté en conformidad con lo que exige la CADH el Estado está obligado a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter que hagan efectivos los derechos y libertades contenidos en ella (Art 2 CADH). Ese deber comprende la creación de las normas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y la implementación de otros mecanismos que tengan la misma finalidad: procesos judiciales, políticas públicas u otras prácticas de cualquier naturaleza¹⁵.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Cantoral Benavidez vs. Perú*, Fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm 69, párr. 178; Corte IDH Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párr. 207.

Ese mismo Art. 2 CADH admite que los Estados adopten esas medidas de “con arreglo a sus procedimientos constitucionales” por lo que debemos entender que en ese punto, la propia norma supranacional reconoce primacía al derecho constitucional en lo relativo a los procedimientos legislativos, judiciales o administrativos que elija cada Estado en su respectiva Constitución. Dentro de esos procedimientos se ubica el control de constitucionalidad que cada Estado regula con un sistema propio: concentrado en un tribunal autónomo, en una sala especializada o difuso en cabeza de todos los jueces.

Pero es allí precisamente donde se presentan los problemas de fricción entre el modelo hermenéutico implementado por la Corte IDH y sus posibilidades de prosperar en los distintos sistemas nacionales de control de constitucionalidad. ¿Qué ocurre por ejemplo cuando no está permitido a todos los jueces declarar la inconstitucionalidad de una ley sino exclusivamente a algunos de ellos? ¿Cómo deben proceder aquellos que tienen vedado el control de constitucionalidad? ¿Qué sucede en los sistemas que prohíben declarar inconstitucionalidades de oficio, podrán hacerlo si se trata de anticonvencionalidad? ¿Cómo se implementará en cada caso el control “simultáneo” del que habla la jurisprudencia?

El tema ha sido sistematizado por el actual Magistrado de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac Gregor Poissot en su voto razonado en el caso “*Cabrera García y Montiel Florez vs. México*”¹⁶ en el que actuó como juez *ad hoc*. Identificó allí una serie de pautas que en su opinión definen los distintos niveles de control de convencionalidad de acuerdo con los diferentes modelos constitucionales¹⁷.

a) *Se trata de un control difuso porque todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo.*

Se produce de ese modo “una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos... y se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos

¹⁶ Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Florez vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 220, 26 de noviembre de 2010.

¹⁷ Extraído de nuestro trabajo: “*Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el control de convencionalidad. aspectos constitucionales y procesales*” en coautoría con Osvaldo A. Gozáini, en “*El control difuso de convencionalidad*” obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Fundap, México, 2012, pág. 289.

internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”⁽¹⁸⁾.

b) Es un control extenso (vertical y general)

La labor de los jueces cuando interpretan las normas internas e internacionales en la búsqueda de la coordinación que mejor favorezca los derechos de la persona “*convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. ...Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional*”⁽¹⁹⁾. Se refiere así a la recepción a nivel doméstico del derecho internacional de los derechos humanos en sus aspectos normativo y jurisprudencial, en una sintonía que conduce al florecimiento del “diálogo jurisprudencial”⁽²⁰⁾.

c) Existen distintas intensidades de control de convencionalidad.

Si bien la Corte Interamericana ha dicho que todos los jueces deben realizar el control de convencionalidad simultáneamente con el de constitucionalidad, la intensidad de ese control dependerá del alcance de las competencias del juzgador para declarar la inaplicabilidad de la norma anticonvencional.

Como el mentado control de convencionalidad deberá ser realizado por los jueces domésticos en el “*marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”⁽²¹⁾ según Ferrer Mac Gregor será posible identificar distintos grados de intensidad de ese control:

i) El mayor grado de intensidad en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad porque las altas jurisdicciones constitucionales tiene la facultad de declarar la invalidez de la norma anticonvencional con efecto *erga omnes*.

ii) Un grado intermedio en los sistemas de control difuso debido a que todos los jueces nacionales poseen la capacidad de inaplicar la norma contradictoria con la Constitución o derecho convencional. Aquí el control de convencionalidad operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” entre la

¹⁸ Voto Razonado Juez Mac Gregor, Considerando 21.

¹⁹ Ídem, Considerando 23.

²⁰ Ídem, Considerando 7.

²¹ Caso *Trabajadores cesados del Congreso*, cit., párrafo 128.

normativa nacional, la Convención Americana u otros tratados y la "jurisprudencia convencional".

iii) El menor grado de intensidad en los sistemas que impiden a los jueces disponer sobre la aplicabilidad de las normas cuando son inconstitucionales. En estos casos la ausencia de facultades para invalidar la aplicación de tales normas no significa que dentro de tales competencias "no se encuentran obligados a realizar una "interpretación convencional" de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme", no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*"⁽²²⁾.

No obstante la clara sistematización que propone el Juez Mac Gregor ella no resuelve los problemas que se plantean respecto de los procedimientos internos y las competencias constitucionales de los jueces nacionales, ahora también "interamericanos".

Pero cualquiera que sea la modalidad de control de convencionalidad a nivel nacional o local, bien puede afirmarse que cuando la Corte IDH resuelve los casos contenciosos ejerce un control de carácter "concentrado" y que cuando ese control es ejercido por los jueces nacionales en sede interna, será "difuso". Es decir que también en relación con el órgano que ejerza el control de convencionalidad y siempre según la jurisprudencia de la Corte IDH, existen dos manifestaciones de control de convencionalidad: *concentrada* y *difusa*²³.

5. El método de interpretación. El diálogo interjurisdiccional

El modelo de control de convencionalidad que propone (e impone) la jurisprudencia de la Corte IDH, introduce también un método específico de interpretación, que debe nutrirse no solo de la normativa convencional sino de la interpretación que hace la Corte a través de sus sentencias y opiniones consultivas.

Es indudable que cuando una sentencia dictada por la Corte IDH condena al Estado, esa decisión es obligatoria para éste, porque el compromiso asumido en el momento de la ratificación hace que la CADH sea plenamente

²² Voto Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Considerandos 37 y 38.

²³ Ver Ferrer Mac Gregor, *El control concentrado de convencionalidad por la corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional", Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 672.

operativa y específicamente el art 68.1 dispone que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”.

Pero ¿Cuál es el efecto de una sentencia que condena a otro país? ¿Tiene la misma eficacia para los terceros países? ¿Se impone la interpretación de la Corte o puede el Estado desplegar cierto margen de apreciación?

En este punto las opiniones no son uniformes. No hay dudas acerca de la importancia de dicha jurisprudencia y de su incidencia en el derecho interno, pero para algunos sólo opera como doctrina en términos de precedente o como guía de interpretación. Por el contrario para la propia Corte IDH su opinión expresada en las sentencias o en las opiniones consultivas pasa a integrar el *corpus iuris interamericano* y debe ser aplicada por los órganos de los Estados en toda oportunidad en que se encuentren en riesgo o hayan sido violados los derechos humanos.

Aparece así en escena el concepto de *diálogo interjurisdiccional* que se genera en el efecto expansivo de las sentencias internacionales y se manifiesta por la circulación de criterios interpretativos entre jueces y tribunales nacionales e internacionales

Especialmente los tribunales con competencia específica en la protección de los derechos humanos –la Corte de Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– se han referido a este “diálogo” como una obligación complementaria a la de respetar y garantizar los derechos humanos a través de la aplicación de la jurisprudencia de los Tribunales de derechos humanos por su calidad intérpretes finales de la normativa internacional.

Pero esta primera apreciación de diálogo vertical no es la única posible, porque cada vez más los tribunales internacionales incorporan en sus sentencias la opinión de sus pares e incluso de otros tribunales nacionales.

El efecto expansivo de las sentencias internacionales se manifiesta principalmente por su acatamiento en el ámbito interno, en la aplicación de los estándares que emanan de dichas sentencias y en el desarrollo progresivo del principio “pro homine” que impregna la hermenéutica en materia de derechos humanos.

El concepto fue expresado en el ya citado voto razonado de Ferrer Mac Gregor en el caso *Cabrera García vs. México*:

“*La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo*

*referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico iusconstitutionale commune en las Américas*²⁴.

Ese *punto de convergencia* a que se refiere el Magistrado se encuentra en la sincronización de la jurisprudencia de distintas fuentes, especialmente la que emana de la Corte IDH, pero sin desatender a otros tribunales internacionales –especialmente de derechos humanos– así como de los propios jueces domésticos en la medida en que sus criterios se complementen con los estándares internacionales que derivan de la supranacionalidad.

Pero la pregunta es hasta qué punto los modelos interpretativos nacionales admiten la intromisión de estándares dictados por un tribunal que reconoce limitadas competencias al derecho constitucional interno. Se trata de un problema que ha tenido distintas soluciones en la jurisprudencia de cada Estado.

¿Cuál es la idea de “diálogo” que pretende la Corte IDH? Aquí no hay dos personas que conversan sino dos o más órganos de justicia que operan en distintos niveles: uno nacional, otro internacional. A su vez, existen Estados federales que reconocen dos o más niveles internos de decisión, situación que propone un nuevo interrogante en cuanto a la subordinación de criterios. Otra situación compleja es el uso mutuo de jurisprudencia entre Tribunales que pertenecen a distintos Estados.

La etapa que se inició con “*Almonacid Arellano vs. Chile*” y se extiende hasta el caso “*Gelman vs. Uruguay*” va marcando un tipo de *diálogo vertical* porque intenta fortalecer la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en el interior de los Estados en función de la jerarquía de ese Tribunal como intérprete último de la normativa convencional. A través de estos casos la Corte fue definiendo sucesivamente quienes son responsables de realizar el “control de convencionalidad” llegando a concluir que es un deber no solo de los jueces sino de “cualquier autoridad pública”.

Pero ese “*control vertical supranacional-nacional*” que se caracteriza por una especie de “subordinación” a la doctrina de la Corte IDH, evoluciona en los fallos más recientes hacia un “*diálogo vertical nacional-supranacional*” en lo que podría definirse como un “diálogo bidireccional” donde la Corte

²⁴ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, No. 220, voto del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor, párr. 88.

Interamericana no solo impone su interpretación de la norma convencional sino que incorpora jurisprudencia nacional que haya aplicado esa interpretación.

El concepto de “diálogo bidireccional” permite encuadrar las dos jurisdicciones, interna e internacional, en un mismo plano de interlocución, de modo que la decisión judicial se verá enriquecida por razonamientos que provienen de una esfera de juzgamiento distinta²⁵.

Obviamente, la trascendencia que tenga el empleo de dicha jurisprudencia foránea dependerá de una serie de factores que provienen no solo de la importancia que le asigne la propia sentencia sino de variadas circunstancias y condiciones externas que operan sobre la eficiencia de dicha sentencia permitiendo o no su “efecto útil”.

Opinamos que son necesarias ciertas condiciones para que se produzca un diálogo eficaz entre la Corte IDH y los tribunales nacionales²⁶.

a) Nivel de acatamiento por los tribunales nacionales

La Corte IDH cita reiteradamente sus precedentes para fortalecer la construcción de una jurisprudencia uniforme y evolutiva, y en los grandes temas no se advierten giros doctrinarios de importancia, salvo tal vez con la garantía del “plazo razonable”, donde evidentemente ha ido variando hacia una fuerte valoración de la incidencia del tiempo en la subjetividad de la víctima, aspecto ignorado en sus primeras decisiones sobre el tema²⁷.

No obstante la detallada referencia a sus propios precedentes, no podríamos afirmar que la Corte IDH haya dictado pautas concretas sobre la eficiencia de sus sentencias respecto de un tercer Estado ajeno a la causa. Además si abordamos el mismo problema desde la perspectiva de la doctrina, la diversidad de opiniones tampoco contribuye a aclarar el tema.

Los desacuerdos sobre el alcance de las sentencias que condena a otro Estado se manifiestan sobre todo porque el art 68.1 CADH establece explícitamente

²⁵ Bazan se refiere a una “protección multinivel de los derechos humanos” como combinación “tuitiva” de las dimensiones nacional e internacional. Ob. cit., pág. 23.

²⁶ Hemos desarrollado el tema en “Diálogo interjurisdiccional: Un nuevo espacio para el control de convencionalidad”, trabajo presentado congreso Regional “El estado de la ciencia del derecho en América Latina, Facultad de Derecho UBA, septiembre 2013.

²⁷ En relación con la evolución de los parámetros para determinar el “plazo razonable” según la Corte IDH, nos remitimos a nuestro trabajo “El problema del tiempo en el proceso. El plazo razonable como requisito del debido proceso” Revista del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Pcia. de Buenos Aires, n° 51 del 2006, pág. 40.

el compromiso de cumplimiento “en todo caso en que [los Estados] sean partes” términos que parecen excluir a terceros Estados.

En nuestro país, la doctrina no es unívoca, no obstante lo cual hay coincidencia en que carecen de obligatoriedad. Entre otros, se ha opinado que las sentencias de condena hacia otro país son “doctrina en términos de precedente para el futuro en los casos en que la regla creada ...tenga generalidad suficiente...” (María Angélica Gelli), o “la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta” (Osvaldo A. Gozaíni) o que “solo son obligatorias para los estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación” (Gregorio Badeni).

De todos modos, es evidente que la incidencia del precedente respecto de un país ajeno al proceso, depende de la actitud que asuman sus tribunales locales, especialmente los que ejercitan la última instancia de decisión. En este sentido para evaluar el nivel de acatamiento de tales precedentes será necesario verificar hasta qué punto la jurisprudencia de los tribunales superiores los menciona, cita o aplica y con qué efecto.

El panorama es muy dispar porque oscila entre la aplicación directa de los estándares elaborados por la Corte IDH aún cuando el sustrato fáctico no sea el mismo²⁸, hasta el desconocimiento absoluto de la jurisprudencia supranacional²⁹.

En suma, el nivel de acatamiento depende exclusivamente de la decisión de cada Estado según lo manifiesten no solo sus tribunales de justicia sino todos los órganos de poder.

b) Coincidencia de objetivos entre los Tribunales supranacionales y las Cortes o jueces nacionales

El objetivo de los tribunales supranacionales de protección de los derechos humanos es el desarrollo progresivo de esos derechos y el fortalecimiento de los sistemas de tutela nacionales con el aporte de su jurisprudencia. Cada decisión, fallo u otro tipo de pronunciamiento (opiniones consultivas e incluso

²⁸ Ver Loianno, Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina: Arancibia Clavel, Simón, Mazzeo”, en *El control de convencionalidad*, obra coordinada por Susana Albanese, editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 113 ss.

²⁹ Es el caso de Venezuela donde se ha dispuesto la “inejecutividad” de una sentencia de la Corte IDH por considerarla contraria a la Constitución. Ver en el tema Ayala Corao Carlos, *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2009.

medidas provisionales) va enriqueciendo el corpus iuris tuitivo de los derechos fundamentales, elaborando criterios de interpretación uniforme cuya adopción por los tribunales y jueces nacionales va generando un concepto dinámico y eficaz de respeto y garantía para los derechos de todas las personas.

La utilización cada vez más frecuente de los estándares internacionales que elaboran los fallos y demás pronunciamientos de los Tribunales supranacionales de derechos humanos tiene una vital importancia por su incidencia en los procedimientos y actos de todos los poderes del Estado. Como dijo Diego García-Sayan, constituyen:

*"...uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno, las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos"*³⁰.

Pero si el desarrollo progresivo de los derechos humanos deja de ser un objetivo común para los Estados, de modo que los estándares que dictan los Tribunales supranacionales sean inaplicados o reinterpretados por los jueces y tribunales nacionales o bien cuestionados por los otros poderes; la inconsistencia y contradicción de objetivos provocará en definitiva una desestructuración del "diálogo" al quebrar las líneas de transferencia de ideas y búsqueda de consensos.

c) Nivel de conocimiento de la jurisprudencia y de los estándares que introduce del derecho internacional de los derechos humanos

Otro condicionante para la aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos es en nuestra opinión, el conocimiento que tengan los jueces nacionales de la jurisprudencia y de las reglas de interpretación que elaboran los Tribunales supranacionales.

Ello dependerá tanto de la formación académica como de la información actualizada de la jurisprudencia internacional. En el primer sentido, es evidente que en general, la magistratura americana ha adquirido una formación universitaria donde la teoría constitucional sigue siendo reticente a la recepción preferente del derecho internacional de los derechos humanos.

Las reformas constitucionales han avanzado hacia el monismo, igualando la jerarquía de esos tratados con la norma suprema³¹, disponiendo un lugar

³⁰ García Sayan Diego, voto concurrente en "*Cepeda Vargas vs. Colombia*", sentencia Corte IDH, Serie C, N° 213, párr. 30.

³¹ Constitución Argentina, art. 75, inciso 22, según reforma constitucional de 1994.

preferencial para los tratados en general o bien destacando que la interpretación de la Constitución debe realizarse a la luz de los que se refieren a derechos humanos³². No obstante la jurisprudencia local no siempre ha sido receptiva a esas reformas ni a los patrones que emanan de la Corte IDH, aspectos que favorecen sin duda el “diálogo” de los tribunales supranacionales y nacionales entre sí.

En cuanto a la información, no es posible considerar únicamente el compromiso de los magistrados en conocer, analizar y estudiar las sentencias y pronunciamientos de los tribunales supranacionales, sino también en facilitarles el acceso a tales documentos. Y esto decimos porque si la idea es que “todos” los jueces, cualquiera sea su jurisdicción y competencia operen como “juez interamericano” deben existir mecanismos simples y eficaces que permitan ubicar y conocer tales documentos. En este sentido cabe señalar que la realidad latinoamericana tiene especificidades que no pueden soslayarse en materia de acceso actualizado a la información, como ser comarcas de difícil acceso o características idiomáticas o culturales propias de la diversidad humana de la región que pueden operar como obstáculos para la identificación y comprensión de jurisprudencia y doctrina supranacional³³.

d) El margen de apreciación y la pauta de razonabilidad

Como vimos un primer problema es el encastre de los modelos nacionales de control de constitucionalidad en el molde –aún inacabado– que indica cómo realizar el control de convencionalidad, elaborado por ahora, únicamente a través de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Pero queda un problema pendiente de difícil encuadre: El denominado “*margen de apreciación nacional*”. ¿Existe tal margen? ¿Conservan los Estados cierto espacio para una interpretación que se adecue a las exigencias de su propia identidad? ¿O la doctrina judicial de la Corte IDH debe aplicarse en forma directa, sin tamices o reinterpretaciones?

Cualquiera sea la posición que se asuma en este tema, lo cierto es que las mayores fricciones a la hora de utilizar en un caso nacional la jurisprudencia de la Corte IDH, se producen precisamente cuando aparecen diferencias en el sustrato fáctico del asunto que permitan invocar dificultad o incluso imposibilidad de aplicar dicha doctrina judicial.

³² Colombia art. 93, o la nueva cláusula de “*interpretación conforme*” del párrafo 2, art. 1, de la Constitución mexicana.

³³ Sobre este aspecto Sagües, Néstor Pedro, “*Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano*”, La Ley LXXIV, n° 152, Buenos Aires.

El TEDH ha tolerado cierto margen de apreciación cuando consideró que las peculiaridades del asunto así lo requería, pero la Corte Interamericana ha sido reticente en ese sentido³⁴.

¿Sería beneficioso para el desarrollo del sistema una mayor atención a las peculiaridades nacionales? ¿O ello significaría delegar en los Estados la facultad de interpretar las normas convencionales en desmedro de una jurisprudencia uniforme y clara para todos?

Entendemos que se trata de uno de los tópicos más provocativos en materia de control de convencionalidad, con debilidades y fortalezas que no permiten honestamente aceptar ninguno de los interrogantes en forma definitiva o total.

Pero lo que parece indudable es que si visualizamos el problema a partir del mencionado "*diálogo interjurisdiccional*" la perspectiva cambia visiblemente, porque en una percepción "*bidimensional*" de dicho diálogo, donde los tribunales y jueces nacionales y supranacionales se aluden mutuamente percibiendo y aplicando (en su lógica medida) los precedentes del tribunal colega; se habilita lo que Bazan llama "*deferencia*" hacia las autoridades internas³⁵. En consecuencia, en la medida en que una decisión nacional sea original o especialmente adecuada a los estándares internacionales, resultaría valiosa como referencia en caso de ser asumida por el tribunal supranacional.

Cabe señalar aquí la sentencia de la Corte IDH en el caso "*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*" donde se referencian algunos pronunciamientos trascendentes dictados por Tribunales Superiores de algunos países de la región. En las sentencias más recientes de la Corte IDH se reitera esta práctica de citar jurisprudencia de tribunales nacionales.

No debe olvidarse que los tribunales nacionales son los que se encuentran en mejor posición para mejorar y hacer efectivos los mecanismos de tutela, en principio porque se ven favorecidos por tres situaciones fácticas: a) La inmediatez con el problema, b) La disponibilidad para resolver con rapidez y en un plazo razonable y c) La posibilidad cierta de dictar un pronunciamiento "útil" a la solución del caso (sentencia útil). Se trata de tres aspectos que en general

³⁴ Sobre este tema, ver "*El margen de apreciación en el SIDH. Proyecciones regionales y nacionales*". Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, coordinado por Paola A. Acosta Alvarado y Manuel Nuñez Poblete. México, 2012. En relación con la Argentina el capítulo firmado por José Sebastián Elías y Julio César Rivera (h). Recientemente en el caso *Memoli vs. Argentina*, la Corte IDH ha admitido un cierto "margen de apreciación" en la delimitación de las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión (Serie C, n° 265, *Memoli vs. Argentina*, 22 de agosto de 2013).

³⁵ Bazán Víctor, ob. cit., pág. 25.

adolecen de fallas en el desenvolvimiento actual del sistema interamericano de protección de los derechos humanos³⁶.

De todos modos, el resguardo de estándares uniformes así como de la seguridad jurídica en materia de protección de los derechos humanos, queda a nuestro entender preservada por el carácter de la Corte IDH como último intérprete del derecho convencional y por el principio de razonabilidad que constituye requisito inexcusable en la interpretación y aplicación del derecho en todas sus dimensiones.

6. El alcance de la sentencia constitucional

Una sentencia constitucional se puede calificar así tanto por el órgano que la emite como por la naturaleza de la situación que resuelve si es de índole constitucional³⁷. Por ello son *sentencias constitucionales* tanto las que emiten los órganos jurisdiccionales competentes para resolver específicamente respecto de la constitucionalidad (lo hagan en forma concentrada o difusa), como aquellas dictadas en los procesos constitucionales propiamente dichos (amparo, *habeas data*, *habeas corpus*) en los que se resuelven aspectos relativos principal y esencialmente a la Constitución³⁸.

La sentencia constitucional, si bien presenta las mismas particularidades que cualquier otra como acto definitivo del juzgador que resuelve un conflicto de partes; se destaca porque decide sobre materia que involucra directamente a la Constitución³⁹. Esta condición hace que los efectos de este tipo de decisiones presenten ciertas particularidades en relación con el alcance de la cosa juzgada, la complejidad de los problemas que abarca por sus consecuencias institucionales, su trascendencia temporal y especialmente porque exigen una lectura novedosa y audaz en la interpretación del principio de congruencia.

Los efectos de las decisiones denominadas “constitucionales” generalmente van más allá de su condición como acto procesal argumentativo destinado a resolver un problema individual; porque trascienden a otras situaciones similares al

³⁶ Sobre las deficiencias de la comisión Interamericana en este sentido, ver Dulitzky, Ariel, *Las peticiones individuales ante la Comisión IDH o el amparo interamericano en contexto*, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Pablo I Manili, La Ley, Buenos Aires, 2010 tomo III, pág. 672 ss.

³⁷ Ver Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2011, tomo I.

³⁸ Ver Gozaíni Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales la extensión erga omnes*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, n° 8 2007, director Eduardo Ferrer Mac Gregor, pág. 189 ss.

³⁹ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Bosch Editores, Barcelona, 1995, pág. 20.

proponer interpretaciones novedosas o superadoras de la literalidad del texto constitucional⁴⁰.

Así toda decisión definitiva en la que se analice el alcance y contenido de una norma constitucional, podrá ser llamada "sentencia constitucional" si a través de dicha interpretación puede construirse tanto el sentido que el autor (órgano constituyente) quiso dar al texto como la implicancia actual que éste tenga en la construcción de la arquitectura constitucional para un determinado tiempo y lugar⁴¹.

Es por ello que uno de los aspectos más relevantes de la sentencia constitucional es su efecto expansivo, característica común con las sentencias supranacionales, cuya eficacia precisamente es consecuencia del mismo efecto.

Es sabido que cuando el control de constitucionalidad de las leyes es concentrado el efecto de las sentencias de los tribunales constitucionales siempre es *erga omnes*, porque es de la esencia de tal sistema que las decisiones que resuelven el problema constitucional planteado desalojen del sistema jurídico la norma declarada inconstitucional. Es por ello que el efecto expansivo de los pronunciamientos emanados de tribunales o cortes constitucionales no merece especiales consideraciones: es propio que así sea.

Por el contrario en los sistemas de control difuso la norma inconstitucional deja de aplicarse en el caso concreto sin afectar su vigencia en otros casos. Este sistema impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo.

Ello no dificulta a que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida que el concepto de "derechos de incidencia colectiva", permita ampliar la sentencia hacia todo beneficiado ("*pro homine*"). En caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso. La cuestión es más compleja cuando el caso no se refiere a conflictos de naturaleza constitucional, pero el universo de sujetos es de significativa importancia como para resolverlos individualmente. Se trata de los llamados "procesos colectivos", donde también la expansión de la sentencia se proyecta sin definir precisamente a los sujetos, aunque pueda indicar el grupo, sector o clase que se beneficia.

⁴⁰ Ver Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Interpretación y argumentación del juez constitucional*, en El Juez Constitucional en el siglo XXI, coordinadores Eduardo Ferrer Mac Gregor y Cesar de Jesús Molina Suárez, Editado por UNAM, Corte Suprema de Justicia de México, 2009, tomo II, pág. 51.

⁴¹ Ver Rojas Amandi, Víctor Manuel, ob.cit., pág. 53. También Vigo Adolfo, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

Gozáini plantea las diferencias que existen entre el efecto “*erga omnes*” y el efecto “*expansivo*”. En el primero la consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad afecta la vigencia misma de la norma en los siguientes aspectos: Es retroactiva, afecta derechos consolidados, tiene efectos derogatorios o anulatorios, cobra fuerza normativa, hace cosa juzgada en los fundamentos y en la parte dispositiva, y actúa como casación constitucional. En el segundo caso nada de ello ocurre, solo la parte dispositiva hace cosa juzgada y no provoca la nulidad de la ley ni ninguna otra consecuencia para la vigencia de la misma⁴².

Lo característico de las sentencias constitucionales, cualquiera sea el sistema de control o el órgano que las emita (concentrado o difuso); es ese *efecto expansivo* que implica la elaboración de una jurisprudencia progresiva en la interpretación de las normas constitucionales que en muchos casos se aparta de la literalidad tomando en cuenta el contexto del caso y las consecuencias que la decisión tendrá en el ámbito social en que va a aplicarse.

Por su lado, los pronunciamientos de la Corte IDH siempre resuelven el caso concreto actuando como tribunal concentrado de control de convencionalidad, pero esas decisiones no tienen efecto “*erga omnes*” como sería propio del control concentrado. Por el contrario solo resuelven el caso que ha sido sometido a juicios, pero sí tienen “*efecto expansivo*” porque se integran en el *corpus iuris interamericano* que se integra con la CADH, los demás tratados de derechos humanos y la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales⁴³.

Se refiere Ferrer Mac Gregor al afecto expansivo de las sentencias de la Corte IDH en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* en los siguientes términos que si bien aluden a México son perfectamente aplicables a cualquier otro Estado comprometido con el sistema:

⁴² Gozáini, Osvaldo A., “*Sobre Sentencias Constitucionales y Efectos Erga Omnes*”, ob. cit.

⁴³ Cfr. Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párr. 194, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 121, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, Fondo reparaciones y costas, 22 de agosto de 2012, párr. 44. La Corte IDH elaboró el concepto de “*corpus iuris internacional*” en la OC-16/99 :“.... 115. *El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*” En esa oportunidad se refirió exclusivamente a los “*instrumentos*” internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), pero fue evolucionando más tarde hacia la incorporación de la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales.

“...la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora, 113 sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional”⁴⁴.

Cabe señalar que si bien el principal y último tribunal que interpreta la CADH es la Corte IDH, otros tribunales internacionales de derechos humanos hacen su aporte al sistema regional de protección a través del *diálogo interjurisdiccional* a que nos referimos anteriormente.

7. La función del Juez y la responsabilidad del Estado

Como vimos el juez nacional debe actuar dentro de las competencias que le fije su propia Constitución y bajo ese parámetro realizar el control de constitucionalidad. Pero cuando actúa como juez interamericano ejercitando el control primario de la convencionalidad de su derecho interno; las reglas de interpretación serán las que determina la Corte IDH a través de su jurisprudencia.

Podemos decir entonces que existe una hermenéutica distinta según se trate de control de constitucionalidad o de convencionalidad? Opinamos que es así con fundamento en las diferencias materiales y procesales que identifican uno y otro tipo de control.

El control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales es la consecuencia de la aplicación del derecho internacional en general y de los derechos humanos en particular, concretando así la regla del derecho consuetudinario reflejada en el art 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide a los Estados hacer prevalecer su derecho interno por sobre el derecho internacional. Esa obligación de procurar la compatibilidad

⁴⁴ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en el Caso Cabrera García vs. México, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, párr. 79.

del derecho interno e internacional responde al deber de los Estados de hacer "los mayores esfuerzos" para que las normas internacionales tengan "efecto útil"⁴⁵.

El art 2.2. CADH dispone la obligación de "adoptar disposiciones de derecho interno" tanto legislativas como "de otro carácter" para hacer efectivas los compromisos asumidos al ratificar la CADH. Esas medidas de otro carácter incluyen seguramente la actuación de los poderes judicial y administrador quienes también deben proceder de modo que la armonía y congruencia de las normas internas e internacionales sea la guía de su actuación en lo que corresponde a sus competencias⁴⁶.

En el caso *Radilla Pacheco vs. México* consideró la Corte IDH que los jueces constitucionales deben realizar "*interpretaciones constitucionales*" que sean compatibles con los estándares internacionales⁴⁷ llegando incluso a la aplicación directa de la jurisprudencia de la Corte IDH. La necesaria compatibilidad entre la interpretación constitucional y convencional obliga también a desalojar del sistema interno no solo las normas contradictorias, sino la jurisprudencia local provoque el mismo conflicto.

Este es tal vez el mayor desafío para los jueces domésticos de todas las instancias porque la CADH marca un deber genérico para todos ellos que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte IDH; dejan expuesto al Estado a la responsabilidad internacional.

En una reciente sentencia de la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires (Argentina) el magistrado Juan Carlos Hitters en un valioso voto describe las razones por las que los jueces internos deben hacer control de convencionalidad:

El Tribunal interamericano ha puesto énfasis en remarcar que para cumplir con el mandato del art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, es necesario: 1) el dictado de normas y 2) el desarrollo de prácticas conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en este. Por ello resulta obligatorio suprimir los preceptos y 'prácticas' de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías previstas en la Convención; y este deber

⁴⁵ Alcalá Zamora, Niceto, Bolefín de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012, n° 135, pág. 1185.

⁴⁶ Ferrer Mac Gregor, Panorámica del Derecho Procesal Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 959.

⁴⁷ Corte IDH Caso Radilla Pacheco vs. México, Serie C, n° 209, 26 de noviembre de 2009, párr. 340.

general del estado parte -que implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile), para el cual el país debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención-, no se refiere sólo al poder legislativo, sino también a los jueces que, a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben acompañar el modelo interno con el transnacional. El Poder Judicial debe ejercer, pues, un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la C.A.D.H. En esta tarea se debe tener en cuenta el Tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de dicha Convención...⁴⁸.

El mismo autor, ahora en doctrina, nos dice que tal es la importancia de la tarea que lleva a cabo la Corte IDH a través del control de convencionalidad que opera como una especie de "casación regional" cuya finalidad es unificar la interpretación en los países que integran la región americana⁴⁹.

8. Conclusiones

Tal como lo expresamos en los párrafos iniciales, hemos intentado plantear algunos de los novedosos problemas que enfrentan o al menos complican a la justicia constitucional cuando debe aplicar los criterios establecidos por los órganos internacionales en su jurisprudencia.

No es posible desconocer que esas dificultades se generan en las particularidades de cada país en materia de jurisdicción, competencias de control, normativa constitucional e infraconstitucional. Esas diferencias muchas veces provocan situaciones de difícil solución porque los sistemas implementados a nivel nacional no siempre han evolucionado en igual medida que lo ha hecho la Corte IDH y otros tribunales en la materia al crear nuevos estándares para resolver conflictos en el ámbito de los derechos humanos.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que los jueces domésticos, siendo quienes tienen la inmediatez con el problema, sean quienes resuelvan mediante la utilización de los mencionados estándares internacionales.

⁴⁸ Voto del Juez Juan Carlos Hitters, en el caso "Córdoba, César Osvaldo y otros s/ homicidio", Causa 114.826, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 26 de diciembre de 2013, Considerando 2.

⁴⁹ Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo II, volumen 1, Ediar, Buenos Aires, pág. 263.

Sería poco favorable al avance de los mecanismos de protección de los derechos humanos que ante cada violación el único camino posible fuera acceder a las instancias supranacionales. La cercanía de los jueces locales es la que debe asegurar el goce de los derechos y la sanción y reparación cuando fueren violados.

En ese sentido resultan más que apropiadas las palabras del ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez.

"...un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes..."⁵⁰.

⁵⁰ Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, en el caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n° 114, párr. 4.