

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

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

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

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

Dentro del control de constitucionalidad podemos identificar dos modelos: el concentrado y el difuso, siendo el primero típico de algunas Constituciones Europeas, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines. En este sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad produce efectos erga omnes, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada que pierde sus efectos en forma total y con presidencia del acto político, esto es que en los sistemas concentrados es el propio órgano de control —La Corte Constitucional que recibe de la Constitución la competencia necesaria para producir esa anulación con los efectos generales, ocupando así el lugar de los otros poderes (el legislativo o el ejecutivo, según el caso) el conflicto queda diluido con la desaparición de la norma cuestionada.

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

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

Este sistema judicial fue adoptado por la República Argentina a partir del precedente del caso *Marbury v. Madison*<sup>21</sup> siendo este el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que estableció.

La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Este principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia. Llegado el momento de analizar el control de convencionalidad, como su

nombre lo indica, procura hacer prevalecer la CADH, sobre las reglas locales que se le oponen.

Es importante advertir que la Corte IDH destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas de la CADH, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte IDH.

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

Según el maestro Sagüés “el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”.

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

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

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

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

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

En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal.

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

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

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

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

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

Finalmente, y teniendo en cuenta los preceptos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH mencionada, podremos notar la relación existente entre la doctrina del control de convencionalidad, y la idea del margen de apreciación con el que en algunos casos, cuentan o no, los jueces de los ordenamientos jurídicos internos que han aceptado la competencia de la Corte IDH. Por un lado, cuando hablamos de margen de apreciación, resulta útil determinar que “en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo "duro", esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que

admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias”.

“Dicha doctrina fue sostenida por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de istmo centroamericano, para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.”

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

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

## VI. Conclusión

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

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

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad, lo más correcto, sería, que se retire del sistema. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte IDH, ha admitido también —la competencia de esta sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (conforme art. 62.1 del Pacto de San

José de Costa Rica). No resultaría lógico pensar que un Estado ingresa a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

Claramente, la influencia que ha tenido la Corte IDH en los ordenamientos jurídicos internos de los países que se encuentran sujetos a este régimen ha sido muy importante e influyente, un claro ejemplo de esto se da en el caso "La Última Tentación de Cristo"<sup>30</sup>, donde Chile tuvo que corregir su propia Constitución

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

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

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

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