

Título: Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"

Autor: Bianchi, Alberto B.

Publicado en: Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 - LA LEY2010-E, 426

I. Planteo. II. Una distinción necesaria. III. El principio establecido por la Corte IDH y por la Corte Suprema argentina. IV. La opinión de la doctrina argentina. V. La posición actual de la Procuración General de la Nación. VI. ¿Simple juego de palabras o abandono de la soberanía judicial?. VII. Conclusiones.

"La Suprema Corte representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional ... Sus decisiones son finales, y no hay tribunal que las pueda revocar. Esa es la doctrina de la Constitución". Fisco Nacional c. Manuel Ocampo (1872).

I. Planteo

Hace poco más de un cuarto de siglo la República Argentina ingresó en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). Desde entonces hemos experimentado una evolución que tiene tres etapas principales: (a) en 1984 se aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Adla, XLIV-B, 1250); (1) (b) ocho años después, en Ekmekdjian c. Sofovich, (2) la Corte Suprema — modificando su jurisprudencia anterior— (3) estableció la subordinación del derecho interno argentino al derecho internacional, la cual — según esta sentencia— existía desde que la Argentina ratificó la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (4) y (c) en 1994 la reforma constitucional además de ratificar en el artículo 75(22) la doctrina sentada en Ekmekdjian, estableció también que ciertos tratados sobre derechos humanos — entre ellos la CADH— "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional". (5)

Fruto de este nuevo orden constitucional — integrado desde 1994 por un texto múltiple y abierto, susceptible de ser ampliado sin necesidad de convocar a una convención constituyente— (6) la Corte Suprema, primero en Ekmekdjian (7) y luego en Julio L. Mazzeo, (8) incorporó la doctrina del llamado "control de convencionalidad", al que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando resuelve casos contenciosos. (9)

Definido sin dar muchos rodeos, se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial.

Por el momento, como todo instituto en desarrollo, este "control de convencionalidad" tiene contornos imprecisos. La Corte Suprema — repitiendo al pie de la letra lo dicho por la Corte IDH— lo menciona en forma muy general, mientras que la doctrina se ha ocupado intensamente de él con el propósito de llenar este vacío.

Mi intención con este artículo, entonces, es aportar algunas reflexiones a este debate y discutir específicamente: si en el ejercicio del control de convencionalidad la interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH, es vinculante para nuestros tribunales, en particular para la Corte Suprema argentina; en otras palabras, si la Corte IDH ejerce sobre nuestra Corte una suerte de stare decisis interamericano.

Analizaré esta cuestión y trataré de dar algunas respuestas.

II. Una distinción necesaria

Siempre que nos referimos al efecto vinculante de una sentencia respecto de otras que se producirán en el futuro, es preciso distinguir entre (a) las que se dictan en el mismo proceso respecto de las mismas partes y (b) las que tienen lugar en otros procesos con partes diferentes. Esta distinción también es válida respecto de las decisiones de Corte IDH en asuntos contenciosos. (10) En este caso corresponde distinguir si el Estado — integrado en el SIDH— ha sido parte en el proceso ante la CIDH o si no lo ha sido.

En relación con las primeras no está en discusión que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes o, mejor dicho, obligatorias para los Estados cuando éstos son parte en el caso. Así lo dice expresamente el artículo 68(1) CADH "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Este es el efecto al cual la Corte hizo referencia — por ejemplo— en el caso Miguel Angel Espósito (11) cuando dijo "...la decisión [de la Corte IDH en el caso ' Bulacio vs. Argentina' sobre el concepto de ' secuela de juicio' en los términos del art. 67, párr. 4º, del Código Penal] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional". (12)

Muy distinto es el caso del efecto vinculante de las sentencias dictadas en aquellos casos en donde el Estado — integrado en el SIDH— no ha sido parte. Ya no se trata aquí del efecto directo de una sentencia, sino del

efecto vinculante del precedente — de su holding o ratio decidendi— (13) el cual resulta asimilable al efecto que éste tiene en los sistemas anglosajones bajo el principio del stare decisis. (14)

Sobre este particular la CADH nada dice, de modo tal que es preciso indagar cómo han interpretado este efecto la Corte IDH y nuestra Corte Suprema.

III. El principio establecido por la Corte IDH y por la Corte Suprema argentina

Al establecer los efectos de la jurisprudencia interpretativa de la CDAH respecto de los Estados que no han sido parte en el proceso, la Corte IDH ha dicho que "...el Poder Judicial [de los Estados] 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". (15) Agregó el subrayado.

Estas mismas palabras ha sido reproducidas por la Corte Suprema argentina en Julio L. Mazzeo. (16) Con anterioridad a este caso el Tribunal había dicho en *Ekmekdjian c. Sofovich*, (17) que "...la interpretación del Pacto [de San José de Costa Rica] debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José". (18) Un concepto similar figura en Horacio David Girolodi. (19)

IV. La opinión de la doctrina argentina

Veamos ahora cómo interpreta la doctrina argentina la fuerza de los precedentes de la Corte IDH cuando el Estado no ha sido parte. Una rápida — e incompleta— revista permite advertir la presencia de tres tendencias en nuestros autores: (a) los que sostienen, sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH es vinculante para nuestros tribunales; (b) los que sostienen esa misma opinión pero con alguna reserva y (c) los que toman a la jurisprudencia de la Corte IDH sólo como una pauta o guía, sin efecto vinculante.

En el primer grupo — sin perjuicio de otros autores— encontramos a Bidart Campos, Albanese, Hitters, Sagüés, Gil Domínguez, Bazán, Gutiérrez Colantuono y Pinto.

Germán Bidart Campos y Susana Albanese han sostenido que "Se debe aplicar la interpretación de las normas convencionales surgida de los órganos de control internacionales con aptitud de obrar, sin desnaturalizarla, porque ello forma parte de las obligaciones estatales asumidas al momento de ratificar los tratados; por otra parte, es la práctica seguida por los Estados en la materia". (20)

Juan Carlos Hitters sigue este mismo criterio: "coincidimos entonces con Germán Bidart Campos y con Susana Albanese en los vinculantes efectos que tienen para los jueces del derecho interno las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José". (21)

Néstor P. Sagüés, hace algunos años, dijo que "pese a no ser vinculantes para los jueces locales las interpretaciones que hacen la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos humanos insertados en el Pacto de San José de Costa Rica, de todos modos nuestros magistrados: 1) Deben tener como guía a tales pronunciamientos; 2) no pueden por ende desconocerlos, y 3) tienen que dar fundadas razones de peso para no aceptar a tales exégesis". (22)

Luego, en opiniones más recientes, este autor ha incrementado el valor de los precedentes emanados de la Corte IDH y sostiene "la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas. En otras palabras, el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, más la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana. De hecho, esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado". (23)

A esta opinión se agrega que a juicio de Sagüés, en los casos en los cuales la Argentina ha sido parte "El fallo de la Corte Interamericana ... puede dejar sin efecto una sentencia la Corte Suprema, con lo cual ésta ha perdido, en la materia de la mencionada Convención, carácter de suprema". (24)

Finalmente, en su trabajo más reciente sobre la cuestión, Sagüés enfatizando cada vez más el valor de los fallos de la Corte IDH afirma que "la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática" y sostiene asimismo que ante un eventual conflicto entre la Constitución y la CADH siempre debe prevalecer esta última. Según sus propias palabras "la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que ésta sea interpretada ' conforme ' y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto". (25)

Andrés Gil Domínguez explica la cuestión desde la llamada "regla de reconocimiento" y dice: "Cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución "invita" a una fuente externa conformada por los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos respetando su lógica de funcionamiento, el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de la fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa)". (26)

En la misma línea se orienta Víctor Bazán: "la Corte IDH impone a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos vis à vis la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél. Realza, así, la operatividad de la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad". (27)

Pablo Gutiérrez Colantuono adhiere a esta tendencia y dice: "...la incorporación por parte de los jueces domésticos de diferentes criterios provenientes de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos ... tiene el valor de asumir el principal reto que esos sistemas plantean para los operadores jurídicos, consistente en la aplicación oficiosa de los estándares interpretativos internacionales". (28)

Mónica Pinto, finalmente, en un trabajo publicado antes del caso Mazzeo, (29) hizo una reseña pormenorizada de la jurisprudencia de la Corte hasta 2005, (30) y si bien no encontró en ella elementos para afirmar que nuestro Tribunal hubiera — hasta ese momento— establecido la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, concluyó con una exhortación en tal sentido. (31) Podría decirse así que, de *lega feranda*, la citada autora está en este primer grupo.

En el segundo grupo de autores puede mencionarse a Gelli y Travieso.

María Angélica Gelli, sostiene "...del fallo de la Corte Interamericana puede emerger doctrina en términos de precedentes para el futuro, en los casos en que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada en los tratados". (32)

En coincidencia con esta afirmación, después de analizar el caso Mazzeo esta autora ha dicho: "El criterio empleado por la Corte argentina en Mazzeo es, a mi modo de ver, demasiado rígido ... cuando un fallo de un tribunal regional se emplea como precedente por otro Estado parte ... los jueces locales deberían examinar si el supuesto de hecho del precedente coincide en un todo con el del conflicto que deben resolver en el orden interno. Si existe alguna singularidad específica, a los tribunales locales se les ofrecen alternativas de interpretación y, entre éstas, diversas opciones". (33)

Como vemos, en opinión de Gelli (a) la Corte en Mazzeo se enrola, sin reparos, en la obligatoriedad de los precedentes de la Corte IDH y (b) para que un fallo de la Corte IDH pueda ser tomado como precedente vinculante, debe crear una regla con generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada en los tratados.

Juan Antonio Travieso también formula reservas pero de otro orden. En su opinión la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para los tribunales nacionales, y éstos sólo pueden apartarse de ella cuando resulte violatoria del artículo 27 de la Constitución nacional. (34)

Dentro del tercer grupo de autores — sin agotar la nómina— se encuentran Badeni, Gozaini y Moncayo, bien que entre ellos existen matices importantes.

Gregorio Badeni — que tiene una opinión crítica sobre la denominación "control de convencionalidad", pues a su juicio el mismo está comprendido dentro del control de constitucionalidad tradicional— (35) sostiene que "Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes, pues sólo 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 por los restantes Estados". (36)

Oswaldo Gozaíni también entiende que "la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta". (37)

Guillermo Moncayo, más cerca de la jurisdicción internacional sostiene que "Nuestra Corte suprema no ha dejado de ser el intérprete final de la Constitución, pero en la interpretación y aplicación de las convenciones sobre derechos humanos, diversas instancias internacionales puede ser insitadas (sic) — y en realidad lo han sido— para procurar, bajo formas diversas, su efectiva observancia y defensa, una vez agotadas infructuosamente las vías internas". (38)

V. La posición actual de la Procuración General de la Nación

Muy importante por su claridad y rigor analítico es el dictamen producido hace unos meses por la Procuración General de la Nación en el caso Jorge E. Acosta, (39) que ha merecido un detenido análisis de María Angélica Gelli. (40)

Este dictamen tiende a impedir que por los tribunales argentinos se extienda automáticamente la jurisprudencia sentada por la Corte IDH en Bayarri vs. Argentina, (41) donde se estableció que una prisión preventiva cuya duración excedió largamente los plazos establecidos por la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), (42) era violatoria del artículo 7(5) CADH. (43) Tal principio, de ser aplicado sin atenuantes, colisionaría con lo decidido por la Corte Suprema en Hernán Javier Bramajo (44) y tendría efectos en todas las causas en las que — como la de Jorge E. Acosta— (45) el plazo máximo de la prisión preventiva establecido por la Ley 24.390 está excedido.

En lo que aquí interesa específicamente, la postura de la Procuración está expresada en el punto V, donde se analizan los efectos de la interpretación de la CADH efectuada por la Corte IDH, desde el punto de vista del sistema del derecho interamericano y desde el punto de vista del derecho argentino.

Con fundamento en el derecho interamericano el dictamen sostiene:

i. las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, en los términos del artículo 68(1) de la CADH, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno;

ii. el término "decisión" contenido en el artículo 68(1) CADH, alude a la parte dispositiva del fallo y no al fundamento jurídico de la sentencia;

iii. las decisiones de la Corte IDH y su jurisprudencia no tienen efectos generales (erga omnes) sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado;

iv. la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte IDH tienen valor general más allá de los términos estrictos del artículo 68(1) CADH. En otras palabras, para no caer en una petición de principio, sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir en la existencia del deber de seguir dicha jurisprudencia.

Con fundamento en el derecho argentino el dictamen sostiene:

i. el derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH más allá de lo dispuesto por el artículo 68 CADH;

ii. podría pensarse que la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso "Girolodi" sostiene el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos interamericanos, sin embargo (a) tal interpretación dotaría a las sentencias de la Corte IDH de una eficacia jurídica que en el derecho argentino ni siquiera tienen las sentencias de la Corte Suprema y (b) se convertiría a la Corte IDH en intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino (la porción que corresponde a la CADH) en contra de lo dispuesto por los artículos 108 y 116 de la Constitución nacional;

iii. no es plausible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula "en las condiciones de su vigencia", incorporada en el artículo 75(22), haya modificado los citados artículos 108 y 116, pues la Ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención competencia para modificar las normas de la Constitución relativas a la organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación. Por lo tanto, la Convención no podía alterar la competencia de los tribunales locales y la supremacía de la Corte Suprema en cuanto a la interpretación de todas y cada una de las normas constitucionales;

iv. afirmar que la Corte Suprema ya no es el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales (en el caso las de la CADH) es insostenible porque conduce a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto (doctrina del caso "Fayt", Fallos 322-1616 y sus citas);

v. si la cláusula "en las condiciones de su vigencia" del artículo 75(22), significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados allí, también forma parte de la Constitución la jurisprudencia de los órganos internacionales de control, cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos, en los hechos ello tendría como efecto la modificación de la Constitución. Sin embargo, la Convención constituyente de 1994 tampoco estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del artículo 30 (que se encuentra en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la Ley 24.309 había prohibido explícitamente), de modo tal

que esta conclusión también conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.

vi. el hecho de que la jurisprudencia de la Corte IDH deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales no significa, por ello, su aplicación irreflexiva y automática. Ello implica el deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad de la jurisprudencia al caso concreto, de exponerla y discutirla razonadamente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se la sigue en el caso particular;

vii. los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos, competencia que, en última instancia, nuestra Carta fundamental ha atribuido a la Corte Suprema. Dicho esto, el dictamen propone el razonamiento que los tribunales argentinos deberían emplear para aplicar la jurisprudencia de la CIDH. El mismo está dividido en cuatro pasos a saber:

i. verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o Comisión Interamericanas sobre la cuestión debatida en el proceso interno;

ii. determinar cuál es la doctrina o razón subyacente (*ratio decidendi*) que se desprende de la sentencia o sentencias pertinentes;

iii. examinar minuciosamente la aplicabilidad *prima facie* de esa doctrina al caso concreto, y

iv. examinar si existen razones jurídicas, basadas en el ordenamiento constitucional, que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. A tal fin, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no, proporcionando una debida fundamentación de la decisión tomada.

VI. ¿Simple juego de palabras o abandono de la soberanía judicial?

Dije al comienzo que, según los alcances que le demos, el control de convencionalidad puede ser desde un simple juego de palabras hasta una entrega de una parte importante nuestra soberanía judicial en manos de la Corte IDH. Dentro de este amplio arco, cada intérprete elegirá la opción que más correcta le parezca.

Antes de tomar partido en esta cuestión me parece necesario recordar que la Corte IDH en "Almonacid Arellano"⁽⁴⁶⁾ y la Corte Suprema argentina en "Mazzeo"⁽⁴⁷⁾ han dicho que: "...el Poder Judicial [de los Estados] 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".

¿Puede decirse, razonablemente, a partir de este principio, que la interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH es vinculante para la Corte Suprema argentina?

Esta pregunta debe ser respondida teniendo en cuenta (a) lo que dicen estos fallos, (b) las facultades que la CADH le otorga a la Corte IDH y (c) los alcances de la reforma constitucional de 1994 en el sistema judicial argentino.

En relación con lo primero, no puedo dejar de señalar aquí que las sentencias mencionadas, lejos de establecer una obligación, formulan una recomendación. Lo que imponen, a mi juicio, no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de "tenerla en cuenta", de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla.

En relación con lo segundo, preciso es admitir que, bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de "tener en cuenta" su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al artículo 68(1) CADH solamente tales sentencias son obligatorias.

Por último, tampoco puede sostenerse que el artículo 75(22), al haberle otorgado jerarquía constitucional a la CADH, ha modificado el sistema judicial argentino. Hay dos razones que sustentan esta afirmación, la primera es formal y la segunda es sustancial.

Desde el punto de vista formal — tal como había dicho Badeni ⁽⁴⁸⁾ y señala ahora el dictamen de la Procuración en el caso Acosta antes citado — la reforma constitucional no estaba habilitada para modificar los artículos 108 y 116 de la Constitución, de manera tal que si antes de ella — y luego de la ratificación de la

CADH— la Corte Suprema era el tribunal de última instancia para asuntos constitucionales, toda alteración en este sentido sería nula de nulidad absoluta bajo lo establecido en el caso Fayt c. Estado Nacional. (49)

Desde el punto de vista sustancial, no es menos cierto que si bien la reforma constitucional elevó la jerarquía de la CADH al rango constitucional, no por ello modificó su texto, el cual sigue siendo el mismo que ratificó la República Argentina en 1984. Por ende, si antes de la reforma la Corte Suprema era el tribunal de última instancia en materia constitucional (y convencional) de nuestro país, luego de ella no ha dejado de serlo. En otras palabras, la "recomendación" que formula la Corte IDH en "Almonacid Arellano" y repite nuestra Corte Suprema en "Mazzeo", (50) no es fruto de la reforma constitucional, sino de la pertenencia de nuestro país al SIDH. De hecho, ya en "Ekmekdjian"(51) la Corte había dicho que "la interpretación del Pacto [de San José de Costa Rica] debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"(52) que, en esencia, es lo mismo que decir "...el Poder Judicial [de los Estados] 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".

Por ello, entiendo que a los precedentes de la Corte IDH le son plenamente aplicables los mismos principios que la Corte Suprema ha asignado a sus propios precedentes, doctrina que surge claramente del caso Barreto c. Provincia de Buenos Aires (53) donde el Tribunal dijo: "es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos. Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión ... para que ello suceda ... tienen que existir "causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio" o es necesario que "medien razones de justicia al efecto", entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido". (54) Agrego el subrayado.

VII. Conclusiones

Desde que la República Argentina se integró en el SIDH, ha quedado sujeta a la fuerza vinculante de los fallos de la Corte IDH, solamente en aquellos casos en los cuales es parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 68(1) CADH.

En los restantes casos, es decir en todos aquellos en los cuales nuestro país no es parte, la jurisprudencia de la Corte IDH no tiene fuerza vinculante ni para la Corte Suprema, ni para los restantes tribunales argentinos.

Sin perjuicio de ello, éstos al fallar deben "tener en cuenta", deben hacer mérito y evaluar, según su sano criterio, si corresponde la aplicación de los precedentes emanados de la Corte IDH.

Bajo este criterio estimo que el "control de convencionalidad", ejercido de conformidad con los precedentes de la Corte IDH, constituye un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación.

(1) La CADH, suscripta el 22-11-1969, fue aprobada en la Argentina por medio de la ley 23.054 (Adla, XLIV-B, 1250) (B.O. 27-03-1984) y ratificada el 14-08-1984.

(2) Fallos 315:1492 (1992); LA LEY 1992-C, 543; AR/JUR/648/1992. Desde entonces, esta doctrina ha sido ratificada en numerosas ocasiones: Fibracsa Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, Fallos 316:1669 (1993); Cafés La Virginia S.A., Fallos 317:1282 (1994); Mangiante c. AADI-CAPIF, Fallos 318:141 (1995), Horacio Giroldi, Fallos 318:514 (1995), Méndez Valles c. A. M. Pescio S.C.A., Fallos 318:2639 (1995), Samuel Medina Jaramillo, Fallos 319:1464 (1996), Unilever NV c. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, Fallos 323:3160 (2000), Pfizer c. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, Fallos 325:1056 (2002), Merck Sharpe & Dohme Limited c. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, Fallos 327:5332 (2004), Miguel Angel Espósito, Fallos 327:5668 (2004); Julio Héctor Simón y otros, Fallos 328:2056 (2005); Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia, Fallos 329:5266 (2006); Hernán Latrónico, Fallos 331:2720 (2008) y Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos 332:170 (2009), entre otros.

(3) Martín & Cía. Ltda. c. Administración General de Puertos, Fallos 257:99 (1963) y Esso S.A. c. Nación Argentina, Fallos 271-7 (1968).

(4) Suscripta el 23 de mayo de 1969, y ratificada por la Argentina por medio de la Ley 19.865, B.O. 11-01-1973 (Adla, XXXII-D, 6412), entró en vigor para nuestro país el 27 de enero de 1980. Los antecedentes de su gestación y desarrollos posteriores pueden verse en DE LA GUARDIA, Marcelo, Derecho de los Tratados

(5) La frase "en las condiciones de su vigencia" ha dado pie al debate. Sin embargo, en este punto, nada mejor que seguir la opinión de los constituyentes y, en particular, la de Rodolfo C. Barra que, además de un reconocido jurista, fue el miembro informante de la mayoría en el tratamiento del artículo 75- 22). En la Sesión 3a, Reunión 23 del 03-08-1994 (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, pp. 2947-3090) Barra dijo: "Quiero señalar que con las reformas que vamos a introducir a la Constitución y con las cláusulas que no hemos modificado ni vamos a modificar, los tratados ingresan a nuestro ordenamiento jurídico interno y obligan al país con el exterior sólo cuando son aprobados por ley del Congreso y ratificados con el depósito que debe hacer el Poder Ejecutivo, como corresponde, según las normas del derecho internacional. Por lo tanto, sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros". Luego, en obras de doctrina, Barra ha ampliado estos conceptos diciendo: "para el Estado parte y sólo para el Estado parte, el tratado o norma internacional tiene una sola vigencia, aunque compuesta por dos elementos: el internacional y el interno ... la vigencia se circunscribe al Estado parte porque aquella obligación lo es en la medida en que ese Estado, con el consentimiento de su o sus contrapartes, ha otorgado su propio consentimiento... Sin perjuicio de lo expuesto, las "condiciones de vigencia" del tratado también se refieren a su vigencia temporal, que no puede ser otra que la establecida en el mismo tratado o convención. Esto implica que el valor constitucional de esas normas, aun dotadas de esa jerarquía por la misma Constitución o por el Congreso, como veremos más abajo, sólo tendrá, a su vez, vigencia a partir del momento en que la norma internacional también la tenga". BARRA, Rodolfo C., El ordenamiento penal internacional en materia de derechos humanos, en Temas de Derecho Público, Ediciones RAP, Buenos Aires 2008, pp. 295-382, esp. pp. 348-351.

(6) Este inciso, a su vez, abrió la puerta a la flexibilidad de la Constitución al disponer que "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional", pues de tal manera el Congreso se ha convertido en una convención constituyente. Así lo había advertido Jorge R. Vanossi apenas sancionada la reforma constitucional. VANOSI, Jorge R., La constitución evanescente (Una reforma espasmódica), LA LEY, 1994-E, 1246.

(7) Citado en nota 2.

(8) Fallos 330:3248 (2007); LA LEY 18/07/2007; AR/JUR/2751/2007. Véase el considerando 21 de este fallo.

(9) Aparece mencionado en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, Serie C No. 101; 25-11-2003 y sin perjuicio de otros casos, el precedente que más ha impactado en la Corte Suprema es Almonacid Arellano y otros v. Chile, Serie C, N° 154; 26-09-2006.

(10) No me refiero aquí a la jurisdicción consultiva de la Corte IDH prevista en el artículo 64 CADH.

(11) Fallos 327:5668 (2004) (LA LEY, 2005-C, 1).

(12) Ver considerandos 3°, 5° y 6°.

(13) Ratio decidendi es la regla de derecho en la cual se funda el fallo. Vid. SLAPPER, Gary and KELLY, David: The english legal system, 10th edition, Cavendish, London and New York, 2009, p. 120.

(14) Stare decisis et quia non movere. Adherir a lo ya decidido y no modificar o alterar los puntos o cuestiones ya resueltas.

(15) Este principio fue establecido en el parágrafo 124 del caso Almonacid Arellano citado en nota 9 que dice: "...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

(16) Citado en nota 8. Véase el considerando 21.

(17) Citado en nota 2.

(18) Considerando 21. Agrego el subrayado.

(19) Fallos 318:514 (1995). "21 ... la ya recordada ' jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ' en las condiciones de su vigencia' (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)". Agrego el subrayado. Similares conceptos se han vertido en Roberto Felicetti (La Tablada), Fallos 323:4130 (2000) en relación con las opiniones de la Comisión Interamericana.

(20) BIDART CAMPOS, Germán J. y ALBANESE, Susana: El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, JA, 1999-II-357. Véase asimismo ALBANESE, Susana: Garantías Judiciales, 10 edición, Ediar, Buenos aires, 2010, Capítulo Noveno, pp. 331-384.

(21) HITTERS, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, LA LEY, 2008-E, 1169.

(22) SAGÜES, Néstor P.: Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, JA 1999-II-364.

(23) SAGÜES, Néstor P.: El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales, LA LEY, 2009-B, 761.

(24) SAGÜES, Néstor P.: Manual de Derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 395. No obstante la autoridad de Sagüés, me permito discrepar con su opinión en este punto. Si dejar sin efecto implica una revocación, la misma — procesalmente — no se produce con el fallo de la Corte IDH. Por el contrario, si por dejar sin efecto se entiende establecer la responsabilidad del Estado, la sentencia de la Corte Suprema no queda eliminada como acto judicial, pero el Estado debe proceder conforme lo establece el artículo 63(1) CADH "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". En definitiva lo que la Corte IDH decide — tal como puede verse, por ejemplo, en la parte resolutive del fallo recaído en el caso Bulacio v. Argentina, Serie C, Nº 100; 18-09-2003 — es la existencia de responsabilidad del Estado. Esta responsabilidad declarada por un tribunal internacional no difiere, en su esencia, de la que puede establecer por otros motivos un tribunal nacional a raíz del llamado "error judicial". En un caso la fuente de la responsabilidad es la violación a un derecho consagrado en la CADH y en el otro la fuente es la violación de un derecho reconocido por la Constitución o por las leyes del país. Dicho error, incluso, puede provenir de un fallo la Corte Suprema, pero el demandado será el Estado Nacional, en un juicio diferente, en el cual un tribunal inferior a la Corte puede determinar tal responsabilidad, sin que ello le haga perder a la Corte su condición de suprema, ni coloque al tribunal que dicta la sentencia por encima de aquella.

(25) SAGÜES, Néstor P., Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, LA LEY, 11/08/2010.

(26) GIL DOMINGUEZ, Andrés, Escritos de neoconstitucionalismo, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 116.

(27) BAZAN, Víctor: Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, LA LEY, 2009-E, 1240.

(28) GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos, JA 2009-I-370.

(29) PINTO, Mónica, El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la obra colectiva La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, compiladores Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 119-152.

(30) El último de los fallos citados es Julio H. Simón, Fallos 328-2056 (2005).

(31) En sus conclusiones Pinto expresa "Las relaciones de la Corte Suprema nacional con el sistema internacional de derechos humanos son peculiares ... La jurisprudencia aquí reseñada permite concluir que la efectividad del derecho derivado de los órganos de control en materia de derechos humanos es mayor cuando se trata de interpretar las normas de uno o más tratados invocados ante el Tribunal ... Por el contrario, la efectividad mengua cuando a la Corte se le requiere la ejecución de una decisión de uno de esos órganos en un

caso relacionado con la Argentina. Y en este punto, da lo mismo que se trate de un informe de la Comisión o de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte efectúa un salto que la coloca de pie en el lugar en que se encontraba antes de la reforma del 94: la jurisprudencia internacional es novedosa pero no es capaz de conmover la cosa juzgada, tal su conclusión. El Tribunal no puede asumir que sus decisiones firmes y definitivas puedan ser objeto de una revisión simplemente porque un órgano internacional de control así lo recomiende u obligue. La cuestión de la jerarquía de sus fallos en el orden jurídico vigente en el país es, para la Corte, una cuestión de Estado. Sería importante, pues, una reflexión sobre este sentimiento ya que la Corte sigue siendo un referente para la aplicación del derecho y que a ella incumbe hacerse cargo de la implementación de las decisiones internacionales además de dar garantías permite avizorar un futuro en el que cada vez haya menos ocasiones de recurrir a las instancias internacionales de control en procura de respeto a los derechos humanos". Trabajo citado en nota 29, pp. 151-152.

(32) GELLI, María Angélica, El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación, LA LEY, 01/06/2010, 1.

(33) GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Concordada y comentada, 4ª edición, La Ley, 2008, t. II, p. 234.

(34) "...la cuestión se aproxima a considerar el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien no surge esa expresión textualmente, puede inferirse que los magistrados deben ajustarse a las guías de orientación que generan esas sentencias. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la Corte está marcando el camino al señalar que al servir de guía, debemos tener en cuenta que el intérprete deberá ser muy cuidadoso al pretender apartarse de esos criterios. En primer lugar por la responsabilidad internacional que traería aparejado ese deslizamiento. En segundo lugar, deberá explicar fundadamente las razones que motivan el cambio de guía y orientación. Desde nuestro punto de vista la única razón que podrá esgrimirse es la que surge del art. 27 de la Constitución Argentina en la relación derecho interno y derecho internacional". TRAVIESO, Juan Antonio: Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas, en la obra colectiva La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 127-145, esp. p. 143.

(35) En su opinión, "la referencia al control de convencionalidad es una de las tantas expresiones fruto del snobismo constitucional". BADENI, Gregorio: Tratado de Derecho Constitucional, 3ª edición, LA LEY, Buenos Aires, 2010, t. I, pp. 434 y 435.

(36) BADENI, Gregorio, Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia, LA LEY, 2009-E, 1018.

(37) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno, en la obra colectiva El Control de Convencionalidad, coordinada por Susana Albanese, Ediar, Buenos Aires, 2008.

(38) MONCAYO, Guillermo, Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema, en la obra colectiva citada en nota 34, pp. 89-104, esp. p. 103-104.

(39) Dictamen del 10-03-2010. Expediente 93/2009, letra A. Ver www.mpf.gov.ar.

(40) Ver el trabajo citado en nota 32.

(41) Serie C, N° 187; 30-10-2008.

(42) B.O. 22-11-1994. El artículo 1º de esta Ley, reformado por la ley 25.430 (Adla, LXI-C, 2676) (B.O. 01-06-2001), dice: "La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor".

(43) Juan Carlos Bayarri, a quien en sede policial se le extrajo una confesión de sus presuntos delitos mediante tortura, fue sometido a proceso penal durante trece años (1991-2004) estuvo en prisión preventiva durante todo ese tiempo y finalmente fue absuelto. Durante la tramitación del juicio había requerido en varias oportunidades la excarcelación por aplicación de la Ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) y el tribunal interviniente le denegó todos los pedidos. La CIDH condenó a la República Argentina a indemnizarle los perjuicios sufridos.

(44) Fallos 319:1840 (1996). En este caso, al revocar una excarcelación otorgada bajo la Ley 24.390, la Corte sostuvo que "13) ... este Tribunal considera que la validez del art. 1º de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero

transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable. 14) Que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta".

(45) Jorge E. Acosta, capitán retirado de la Armada, fue jefe del grupo de tareas que operó en la Escuela de Mecánica de la Armada y, como tal, está acusado de haber cometido reiterados crímenes vinculados al terrorismo de Estado.

(46) Citado en nota 9.

(47) Citado en nota 8.

(48) Tratado de Derecho Constitucional, citado en nota 35, t. I, p. 396.

(49) Fallos 322:1609 (1999).

(50) Citado en nota 8.

(51) Citado en nota 2.

(52) Doctrina repetida luego en otros casos tales como Roberto Felicetti (La Tablada), Fallos 323:4130 (2000).

(53) Fallos 329:759 (2006).

(54) Considerando 4°.