

## CAPÍTULO XXV

### Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano\*

#### 1. INTRODUCCIÓN

La doctrina del “control de convencionalidad” es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un *jus commune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos —tal es su título oficial—. Importa, igualmente, uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática.

Nos remitimos al respecto a *supra*, capítulos XXII, XXIII y XXIV.<sup>1</sup>

#### 2. OBSTÁCULOS FUNCIONALES

La doctrina judicial que comentamos no fue diseñada simultánea ni armónicamente. Ha sido un producto ampliado y tal vez corregido en

---

\* El presente trabajo se inserta en el Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, 2010-D-1245.

<sup>1</sup> Nos remitimos, en parte, igualmente, a nuestro trabajo “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B-761, con mención de otros pronunciamientos de la CIDH que ratifican tal doctrina.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

distintos momentos por la Corte Interamericana. Pero además, todavía presenta problemas operativos de ajuste y funcionamiento. Veremos algunos de ellos.

### 3. ACCESO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El primer y muy significativo problema es gnoseológico: conocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Si dicho alto tribunal entiende que los jueces nacionales —que pueden sumar decenas de miles en el subcontinente— deben manejar su doctrina judicial, y aplicarla, tienen que existir conductos fáciles para ubicarla.

Sin embargo, la Corte Interamericana no ha elaborado reseñas o resúmenes de sus fallos, cuya lectura, en la edición más conocida, supera las ocho mil páginas.<sup>2</sup> Dicha edición no es fácil de adquirir, por lo demás, en todos los países. A ello cabe agregar que no todos los pronunciamientos están publicados en soporte papel; escasean, por ejemplo, los textos de los últimos años, a lo que cabe agregar que el uso fluido de computadoras no siempre es fácil de implementar en todas las regiones del caso.

Detectar la doctrina de la Corte, paralelamente, obliga a menudo, y desde luego, a recorrer íntegramente sentencias que pueden tener, en algunos casos, una extensión apreciable, con centenares de considerandos o párrafos, hasta hallar el *holding* o doctrina esencial de cada veredicto. Esa doctrina, finalmente, puede ser múltiple, y comprender muy diversos —y significativos— temas.

En síntesis, parece indispensable —e impostergable— que si la Corte Interamericana desea ser obedecida, elabore y sistematice de inmediato un sistema detallado y preciso de reseñas de sus sentencias y opiniones consultivas, con índices temáticos y cronológicos, y de partes, de cuidadosa factura. Del mismo modo, deberá publicar en soporte papel, y con prontitud, a medida que se emitan, tales pronunciamientos. Las ediciones, igualmente, tendrán que lucir un precio accesible a todos los usuarios del sistema.

---

<sup>2</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., 7 vols.

## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

En este orden de ideas, a partir de 2014, la Fundación Konrad Adenauer ha dado un significativo paso en adelante al editar, bajo la coordinación de Christian Steiner y Patricia Uribe, un muy útil *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, con el aporte de numerosos especialistas, que analizan artículo por artículo de la Convención, con la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. El libro ha tenido feliz difusión por todo el área. Obviamente, demanda actualizaciones permanentes, en función de los nuevos fallos de la Corte.

Otra pauta práctica es que, al exigir la Corte Interamericana el seguimiento de sus interpretaciones, resulta obligado que las defina clara y concretamente. Una directriz vale más si es formulada con precisión y, en lo posible, con la advertencia de que tal es la posición que se adopta y cuya obediencia se reclama. Párrafos largos o innecesarios, vertidos *obiter dictum*, pueden distraer o confundir a los operadores judiciales nacionales. Aquí lo breve y puntual bueno, será no dos, sino tres veces bueno.

### 4. UN CONFLICTO DE LEALTDES JURÍDICAS: ¿LA CONSTITUCIÓN O EL PACTO?

La doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que expreso, de que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución nacional. La Corte Interamericana, en efecto, terminó por indicar en “Trabajadores Cesados del Congreso”, superando algunas fórmulas iniciales, que eran las “normas jurídicas internas” opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y a su interpretación por la Corte Interamericana—, las que debían inaplicarse. Entre ellas, no excepcionó a las normas constitucionales. Además, las razones jurídicas esgrimidas por la Corte para avalar el control de constitucionalidad, el principio de la *bona fide* en las relaciones internacionales, y la tesis del *pacta sunt servanda*, que impide —como regla— al Estado alegar normas internas para incumplir un tratado, también conducían a que la Constitución fuese relegada si violaba el Pacto.

En el escenario interamericano tenemos varias fórmulas de coexistencia entre el Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución. Algunas de ellas son teóricamente compatibles con la doctrina del control de convencionalidad, y lo avalarían. Por ejemplo, el artículo 23 de la Cons-

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

titución de Venezuela señala que los tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por ese país, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y leyes de la República...”.

La receta argentina adoptada en el artículo 75, inciso 22, según la reforma constitucional de 1994, cuenta con una redacción que haría palidecer de envidia al propio Maquiavelo, al señalar que el Pacto de San José de Costa Rica, junto con otros documentos internacionales sobre derechos humanos, “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación —una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa ésta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto—. De todos modos, 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 esta sea interpretada “conforme” y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto.

En otros países, finalmente, el Pacto no tiene rango constitucional, con dos variables: o se cotiza igual que una ley, o más que una ley, pero bajo la Constitución.

En varios casos, por ende, puede surgir un grave conflicto de lealtades jurídicas para los operadores judiciales nacionales, que tendrán que optar entre seguir su esquema constitucional, o las directrices de la Corte Interamericana. Pero también hay alternativas de avenimiento.

Naturalmente, lo mejor será comenzar con una interpretación armonizante entre el Pacto y la Constitución, haciendo todo el esfuerzo, como diría Benjamín Cardozo,<sup>3</sup> para “compatibilizar lo incompatible”. Por ejemplo, realizando interpretaciones aditivas o sustractivas de la Constitución, para empalmarla, no sin cierta presión, con el Pacto.

---

<sup>3</sup> La frase de Benjamín Cardozo puede encontrarse en la CSJNA, caso “Portillo”, *Fallos*, 312:496.

## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

Si se trata de reconocer derechos, el criterio de optar por la norma más favorable a la persona —principio *pro homine, favor libertatis*—, es una buena receta, y está admitida por el Pacto de San José de Costa Rica (doctrina de su art. 29, inc. *b*: si la Constitución local es más generosa en el enunciado de un derecho que el Pacto, se aplicará la Constitución). Pero no todos los constitucionalistas partidarios de la supremacía constitucional a rajatabla, consienten que se inaplique la Norma constitucional que concede menos derechos al individuo que una regla internacional suscrita por ese Estado.

En síntesis: si la empresa conciliatoria fracasa, el juez nacional tendrá que resolver su conflicto de lealtades de algún modo, privilegiando uno u otro instrumento. Seguramente el asunto concluirá con una opción axiológica, que también es ideológica: si considera que el bien común regional es superior al bien común nacional, cotizará más al Pacto; y hará lo contrario, si juzga que el bien común nacional prevalece sobre el bien común regional. Esta última alternativa, por supuesto, no será gratuita: podrá provocarle al Estado responsabilidad internacional por incumplimiento del Pacto.

Se emparenta con lo dicho el tema de la *supremacía constitucional*, tesis habitualmente adoptada por las constituciones locales. Para muchos, si el Pacto de San José de Costa Rica confiere a la persona un derecho más generoso que el establecido en la Constitución nacional, tal derecho resultaría inexigible, en ese país concreto, porque transgrediría el aludido principio de la supremacía constitucional.

Tal tesis parte de una idea distorsionada y hoy, además, a contrapelo de la historia. La supremacía constitucional debe entenderse en consonancia con el reconocimiento del derecho internacional, que también corrientemente hacen las constituciones. Ese derecho internacional impide alegar reglas internas para incumplir compromisos internacionales. Por lo demás, no sería muy honesto que un Estado firmase un tratado o declaración, para después, con absoluto desparpajo, alegar que no lo cumple porque viola su Constitución. De admitirse esta posibilidad, el derecho internacional y sus tratados serían puro papel mojado.

Es también útil recordar que en el acta fundacional de la teoría de la soberanía —*i. e.*, los *Seis libros sobre la República*, de Jean Bodin, 1576—, el propio autor aclaraba que el poder “absoluto y perpetuo” del Soberano tenía sus límites, como el *ius gentium* y los compromisos vá-

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

lidamente contraídos, “sea con su súbdito, o con el extranjero”, ya que no había más delito en el Príncipe que ser perjuero.<sup>4</sup>

En definitiva, es indispensable armonizar supremacía constitucional con derecho constitucional, y la manera de hacerlo es aprobando el tratado observando con pulcritud las reglas constitucionales en vigor, y después, ya incorporado al derecho interno, honrarlo con su cumplimiento. Coincide con esto lo puntualizado por la Corte Interamericana en el caso “Gelman 2”, del 24 de marzo de 2013, párrafo 88.

### 5. LA COEXISTENCIA DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CON LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Uno de los puntos más rípidos en esta materia es la convivencia de estas dos doctrinas, ambas aceptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ya hemos resumido la tesis del control de convencionalidad.

La doctrina del margen de apreciación nacional aclara 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.<sup>5</sup> Así, por ejemplo, la idea de “moral pública” podría justificar ciertas regulaciones diferentes de derechos tales como los de asociación (art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica), o las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión (art. 13).

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,

---

<sup>4</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española*, Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Católica Argentina, 1978, pp. 76-77.

<sup>5</sup> Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 222 y ss. Recomendamos la consulta de Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012, *passim*.

## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área. En otros pronunciamientos la ha aplicado, no siempre mencionándola expresamente.

En síntesis: ¿la doctrina judicial sostenida por la Corte Interamericana en un caso contencioso, o en una opinión consultiva, debe ser efectivizada robóticamente por los jueces de todos los estados que han aceptado la competencia de la Corte, o pueden estos tamizarla en virtud de su “margen de apreciación nacional”? Entendemos que la respuesta es afirmativa, ya que al sentar las bases del control de convencionalidad, la Corte Interamericana no ha dicho que quedaba sin vigencia la doctrina del margen de apreciación nacional; y siempre, naturalmente, que medie una aplicación honesta y adecuada del referido margen local, en el sentido que su uso no se convierta en un mecanismo liso y llano de evasión de la doctrina judicial de la Corte Interamericana.

Desde luego, esta última tiene competencia para, satisfechos los recaudos de admisibilidad y de procedencia, corregir un empleo incorrecto del margen de apreciación nacional. Pero, como regla, ambas doctrinas deben coexistir lo más armónicamente posible.

Por otro lado, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica en un caso específico la doctrina del margen de apreciación nacional, puntualizando que tal derecho, en un país determinado, tiene una superficie o ciertas modalidades singulares, resulta obvio que la interpretación así adoptada, al menos en ese tramo, no es matemáticamente exportable para otras naciones. En tal caso, esa interpretación “a medida” o *ad hoc*, no tiene pretensiones de expansividad ni de requerir seguimiento para su aplicación en otras latitudes jurídicas.

### 6. EL RECORTE DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES NACIONALES PARA INTERPRETAR AL DERECHO LOCAL

La doctrina de la “interpretación conforme” del derecho nacional con relación al Pacto de San José de Costa Rica, y a la interpretación dada al mismo por la Corte Interamericana, significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional.

Ejemplifiquemos las situaciones. Si la Corte Interamericana no se ha expedido sobre algún tema del Pacto de San José de Costa Rica, el

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

margen de libertad de interpretación del juez nacional para entender las cláusulas del Pacto y de la constitución doméstica es relativamente amplio: está circunscrito solamente por el texto, los antecedentes, los principios, valores y fines normativos, la intención del constituyente, las creencias, valoraciones y reclamos sociales, etc. Pero si la Corte Interamericana se ha ocupado del asunto bajo examen, tendrá, primero, que conocer qué ha puntualizado esa Corte, y excluir las interpretaciones del derecho local que puedan entrar en colisión con tal exégesis.

Ello implica un esfuerzo gnoseológico, pero también otro psicológico, como es asumir que los márgenes del derecho local pueden, según los casos, estrecharse sensiblemente. Asumir tal situación puede no resultar fácil a juristas de viejo cuño, o a otros embebidos de una visión demasiado fuerte del principio de supremacía constitucional.

Más todavía: el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta trasmutación espiritual —si se acepta que la ideología es el alma de la Constitución y del Pacto— es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del “control de convencionalidad”.

### 7. NO TODOS LOS JUECES ESTÁN HABILITADOS PARA REALIZAR CONTROL REPRESIVO DE CONVENCIONALIDAD, PERO SÍ TODOS DEBEN (EN PRINCIPIO) PRACTICAR CONTROL CONSTRUCTIVO DE CONVENCIONALIDAD

Sabido es que en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha restringido el tipo de juez nacional autorizado para ejercer el control de convencionalidad, ya que aclaró que tal verificación debe realizarse en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes, y previa satisfacción de los recaudos vigentes en materia de admisibilidad y de procedencia.

Ello lleva a concluir, para muchos, que solamente el juez idóneo para realizar control de constitucionalidad, puede concretar el control



## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

de convencionalidad, cosa que no provoca problemas en los estados donde existe control difuso y desconcentrado de control de constitucionalidad, puesto que allí todos los jueces están habilitados para ello. Y si en un país concreto el juez común no puede realizar tal control de constitucionalidad —supóngase Costa Rica, o Uruguay—, tendría que remitir el expediente al órgano que sí es competente para esa función, mediante la escalera procesal del caso.

Ahora bien: eso es entendible para el control de convencionalidad que hemos llamado “represivo” en el parágrafo 1, esto es, para las hipótesis de inaplicación del derecho interno opuesto al Pacto de San José de Costa Rica, o a la interpretación dada al mismo por la Corte Interamericana. Pero para los supuestos de control “constructivo” de convencionalidad, donde el juez local no inaplica el derecho interno, sino que lo reinterpreta, adapta o lo viabiliza en consonancia con el Pacto y la referida jurisprudencia interamericana, nada impide que ese trabajo sea consumado por todos los jueces domésticos cuando aplican el derecho interno. En efecto, aquí solamente tienen que preferir las opciones exegeticas que ofrece la normatividad doméstica, coincidentes con el Pacto y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No invalidan a la regla local: únicamente la hacen funcionar con determinada orientación. El control “constructivo” de convencionalidad, en resumen, es por su naturaleza siempre *difuso*.

Pero puede aparecer un problema específico cuando un juez local se encuentra sometido a cierta jurisprudencia algunas veces vinculante —es decir, obligatoria—, emanada de órganos superiores locales como, *v. gr.*, cámaras o cortes de apelación, tribunales supremos, cortes supremas o tribunales y cortes o salas constitucionales. En tal hipótesis, si al ejercer control “constructivo” de convencionalidad ese juez choca con directrices judiciales que le resultan superiores y que se oponen, *v. gr.*, a un artículo del Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debería primero procurar una compatibilización entre tales directrices —que en el fondo, operan en definitiva como normas para él compulsivas— y las reglas del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En segundo término, si esa armonización le es honestamente imposible, y siempre, repetimos, que no esté habilitado para reputar a las citadas directrices inconstitucionales —y por ende, además, inconventionales—, tendría que elevar —de oficio o a pedido de parte— los autos a esa autoridad judicial superior que emitió las directrices, para que ella dirima el conflicto.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

### 8. RECEPCIÓN Y EVASIONES DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Esta tesis es impuesta por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que realizó, entendemos, una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica, ya que el mismo no la incluye en su articulado.

El texto de la Convención contempla opiniones consultivas, a pedido de y para un Estado (art. 64), y sentencias contenciosas obligatorias para los estados en los casos en los que sean partes (art. 68). Pero no dice que lo resuelto en una actuación en la que sean ajenos, los obligue. Ello tiene su lógica, ya que en el expediente donde un Estado no intervino, no pudo exponer sus razones para fundar, por ejemplo, una doctrina contraria a la admitida por la Corte.

De todos modos, es frecuente que las cortes supremas nacionales, incluso ante la falta de texto constitucional explícito, den efectos expansivos a la doctrina expuesta en sus veredictos, sea mediante la teoría del precedente (*stare decisis*) o institutos similares, como la eficacia vinculante, aunque condicionada, de sus sentencias (caso argentino).<sup>6</sup> Ello importa una *mutación constitucional por adición*; la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, incorpora al contenido de ella algo que la misma inicialmente no dijo. Por supuesto, no todos consienten a tales mutaciones, cuya solidez varía según los casos, y que triunfan cuando quedan consolidadas por el derecho consuetudinario.<sup>7</sup>

En el caso interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, ha asumido mediante la doctrina del control de convencionalidad un papel directivo para los estados, fuera del esquema original del Pacto. Con ello ha intentado robustecer a éste, y a ella misma. Pero es natural que ese incremento de competencias no sea pacíficamente aceptado.

El caso argentino es ilustrativo al respecto. La Corte Suprema de Justicia de tal país, en “Mazzeo”, aceptó la doctrina del control de con-

---

<sup>6</sup> Véase nuestro libro *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., pp. 261 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la interpretación constitucional mutativa, Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 42 y ss.

## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

vencionalidad expuesta por la Corte Interamericana en “Almonacid Arellano”. Lo hizo lisa y llanamente, aun transcribiendo entre comillas las frases pertinentes de la Corte Interamericana.<sup>8</sup>

Sin embargo, el 10 de marzo de 2010, en “A., J. E. y otro sin recurso de casación”, el procurador general de la nación ha formulado un dictamen donde cuestiona expresamente la tesis de la Corte Interamericana sostenida en “Almonacid Arellano”, en el sentido de cuestionarle al tribunal supranacional facultad para emitir fallos con efectos generales que excedan el caso concreto. En definitiva, propone un *test* que aunque no destruye totalmente, relativiza en mucho el control de convencionalidad. El referido *test* tiene cuatro pasos: (i) determinar, primero, si existe jurisprudencia de la Corte Interamericana, o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o de ambas, sobre el asunto debatido en un proceso interno; (ii) identificar tal doctrina; (iii) averiguar si efectivamente corresponde al caso concreto bajo examen; (iv) examinar si existen razones jurídicas fundadas en el ordenamiento constitucional local, que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia interamericana. Vale decir, consumir un examen de compatibilidad entre esa doctrina y la constitución nacional.<sup>9</sup>

Aparentemente, el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quedaría así desactivado, si la interpretación del Pacto realizada por dicha Corte colisionara con la constitución doméstica. En cambio, continuaría funcionando si no existiera tal confrontación, o si una interpretación “conforme” de la Constitución con el Pacto, o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, compatibilizara las posibles asperezas.

---

<sup>8</sup> CSJNA, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2007-III-573, considerando 21.

<sup>9</sup> Véase Gelli, María Angélica, “El valor de la jurisprudencia internacional”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2010-C-1192.

Interesa mencionar la existencia de calificadas posiciones doctrinarias que pueden emparentarse con el dictamen del procurador general de Argentina. Por ejemplo, se ha sostenido que “siempre debe existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, para limitar el efecto dentro del orden interno, de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisiona en forma grave con los principios constitucionales”. Véase Bogdandy, Armin von, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho Constitucional internacional e interno”, parágrafo V, versión española del trabajo publicado en *Internacional Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, vol. 6, núms. 3-4 (2008), pp. 397-413.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

---

Conviene alertar que el referido dictamen, que da marcha atrás a la doctrina de “Mazzeo”, no es obligatorio para la Corte Suprema argentina, que puede apartarse de él. Al resolver el caso, en definitiva, la Corte no lo recepcionó, omitiéndolo al fundamentar su sentencia.<sup>10</sup>

Como conclusión, la aceptación sin reservas de la doctrina del control de convencionalidad no deja de suscitar dudas en el horizonte jurídico de los estados adscritos al Pacto de San José de Costa Rica. Tensiones como la indicada pueden repetirse en otras regiones. El éxito de la mencionada doctrina depende en los hechos, en buena medida, de la voluntad de seguimiento que tengan los operadores locales.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo más correcto sería, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad —refrendada por muchas sentencias de la Corte Interamericana—, que se retire del sistema, mediante los procedimientos de denuncia en vigor. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana, ha admitido también “la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” (art. 62-1 del Pacto de San José de Costa Rica). Y no parece correcto ingresar a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

### 9. RECAPITULACIÓN

No todas son rosas en el jardín del control de convencionalidad. Es un principio sumamente importante, todavía inconcluso en su formación, pero que presenta serias dificultades de instrumentación.

Para tornarlo más eficaz son indispensables ciertas actitudes. Por ejemplo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene que advertir que en la medida en que ella más exija a los estados, más deberá exigirse a sí misma. Ello impone que su jurisprudencia sea prudente y legítima, al par que clara, precisa y fácilmente cognoscible, con adecuados resúmenes o reseñas que identifiquen sus directrices fundamentales. También, deberá regular adecuadamente la doctrina del “control de convencionalidad” con la del “margen de apreciación nacional”. Se trata de dos tesis que tienen que hermanarse y trabajar juntas.

---

<sup>10</sup> CSJNA, “Acosta”, 8/5/12, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 2012-III-814.

## Dificultades operativas del “control de convencionalidad”...

---

El talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad, es que un Estado —esto es, en particular, sus jueces—, o en términos generales, todos los estados adscritos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en el que no fueron parte y, por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso. Si los veredictos de la Corte Interamericana tienen pretensiones de generalidad, tal situación sugiere habilitar —por ejemplo, por parte del propio Tribunal—, alguna instancia donde los estados que quieran hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo del Pacto de San José de Costa Rica que se está interpretando con efectos *erga omnes*.

A su turno, es aconsejable que los estados 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 que ello puede exigir que el Pacto de San José de Costa Rica prevalezca sobre las constituciones nacionales, aunque, desde luego, siempre será mejor compatibilizar que invalidar. La empresa de conformar o armonizar las constituciones con el Pacto se presenta así como una misión inexorable, que demanda un cambio de mentalidad y que pone a prueba la idoneidad de los operadores judiciales nacionales y supranacionales.

Por último, los estados, y sus jueces, deben asumir que los procesos de integración tienen sus costos jurídicos y políticos, que no son siempre baratos, sino a menudo muy caros; y que la lealtad exigible a quien voluntariamente se ha sometido a ellos, demanda que cumpla de buena fe con las obligaciones contraídas, mientras quiera permanecer en el sistema.