

A 40 años de democracia en Argentina, ¿Qué implica el llamado Control de Convencionalidad? Operatividad de los Tratados de DDHH en el Derecho interno argentino

Maite Sofía Garmendia¹

¹ Abogada (2015). En función judicial; ingresando al organismo mediante concurso público conforme la ley de ingreso democrático e igualitario del Ministerio Público Fiscal de la Nación (escribiente titular con desempeño actual en la Fiscalía Federal 3 de Rosario). Especialista en Magistratura (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Sede Rosario); Diplomada en "Sistema Penal Acusatorio y Género", Diplomada en "Cuestiones Penales y Procesales actuales" ambas por la Universidad Nacional del Chaco Austral; Becaria (seleccionada por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia y el Instituto para el Desarrollo Constitucional Asociación Civil) de la Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos - Modalidad Justicia Penal y Delitos Complejos de la Universidad de Bolonia, Italia (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, UniBo); Con pendientes de tesis final: Diplomatura Superior en Derechos Humanos del Instituto Azul Formación Superior (acreditación UCES); Curso de Posgrado de Derecho Constitucional Judicial por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) - AAJC. Participante -en carácter de asistente y ponente- en diversas jornadas, congresos y cursos vinculados con el derecho penal y derechos humanos; entre otros. Escritora de artículos de doctrina jurídica.

SUMARIO: I.- Conceptos básicos; II.- ¿Cómo se ejerce el control de convencionalidad?; III.- Breve conclusión

RESUMEN: En este trabajo pretendo realizar, en palabras simples, desde la órbita del derecho internacional de los derechos humanos, un breve análisis sobre conceptos y características básicas del sistema el control de convencionalidad en Argentina, las garantías establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la operatividad de los Tratados de DDHH en el Derecho interno argentino; ejercicio del control y plazo razonable.

PALABRAS CLAVE: Derechos internacional de los Derechos Humanos – derecho constitucional – control de convencionalidad – debido proceso – Convención Americana sobre Derechos Humanos

SUMMARY: In this paper I intend to carry out, in simple words, from the orbit of international human rights law, a brief analysis of concepts and basic characteristics of the system: the control of conventionality in Argentina. The guarantees established in the American Convention on Human Rights. The Operation of Human Rights Treaties in Argentine Domestic Law. The guarantee of defense in court and within a reasonable time.

KEY WORDS: International Human Rights Law – Constitutional Law – Control of Conventionality – Due Process – American Convention on Human Rights

I.- Conceptos básicos

En palabras simples, desde una primera noción y acercamiento para explicar en qué consiste el llamado Control de Convencionalidad podemos decir que nuestro país a lo largo de estos años ha receptado, firmado y ratificado diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que obligan a los Estados parte a respetar, garantizar y proteger estos derechos fundamentales que tiene todo ser humano, por el solo hecho de serlo. Por ello, los Estados asumen obligaciones frente a otros Estados y principalmente frente a las personas que habitan en su territorio. En este contexto, cuando por conductas imputables al Estado se violan derechos humanos y no se garantizan las medidas adecuadas de protección (por ineficacia, imposibilidad o retardo), las personas pueden interponer acciones ante órganos internacionales.

El Dr. Marcelo Trucco nos acerca una definición bien general y amplia al establecer que hablaremos de control de convencionalidad refiriéndonos a:

“la acción o ejercicio por medio del cual se verifica o analiza si las normas, reglas jurídicas en general a nivel interno y las decisiones adoptadas por los órganos de un Estado resultan compatibles con los instrumentos y convenciones internacionales ratificados por el país y con las interpretaciones que, respecto a dichas convenciones, han sido dadas por los órganos internacionales respectivos”,

y aplicado de manera particular al ámbito regional de los derechos humanos podemos decir que se refiere a:

“la acción o ejercicio por medio del cual al momento de aplicar o emitir normas internas se verifica o analiza si dichas normas o reglas jurídicas domésticas, como así también las decisiones adoptadas por los órganos de un Estado resultan compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) o con otros instrumentos y convenciones vigentes en el sistema interamericano de derechos humanos ratificados por el país y con las interpretaciones y estándares que, respecto a dichas convenciones, han sido dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²

Cabe destacar que una de las características fundamentales de los derechos humanos es que son imprescriptibles, acumulativos y progresivos, es decir, no prescriben por el paso del tiempo, no caducan y no se pueden perder. Además, y esto íntimamente vinculado a la progresividad, señala Rita Segato que *“los derechos humanos son un sistema de nombres en expansión”*. De ello se desprende que éstos se extienden, evolucionan y se incorporan en esta categoría, derechos que hasta el momento y en un pasado no se encontraban comprendidos. Es decir, se consolidan y se enriquecen los existentes incorporando “nuevos derechos”.

En este sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993 establece que:

“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus

² Trucco, Marcelo Fernando; “Control de convencionalidad, en pocas palabras: herramientas para su aplicación en el Derecho Interno de los Estados” – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Dunken, 2021; págs. 23 y 24.

sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”³.

Ahora bien, no hay que perder de vista que todo este conjunto de normas nacionales e internacionales tienen como eje y centro algo fundamental, que es la dignidad del ser humano. Esto implica un límite para los Estados, es decir, no todo está permitido. Lamentablemente vemos como en la práctica en reiteradas ocasiones pese a asumir estos compromisos, internamente no se cumplen y como consecuencia los Estados son denunciados ante los Comités de Derechos Humanos, de allí la importancia de hacer “operativas” estas obligaciones y garantías. Recordemos que, como requisito previo a estas instancias, para presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se debe agotar primero la vía interna (con sus respectivas excepciones previstas).

a) Derechos y garantías establecidos en la Convención americana sobre derechos humanos

Vinculado a ello, resulta necesario destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) resalta que dentro de un estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros).

Reconociendo que:

“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” y reiterando que, *“con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...”* (Preámbulo).

Además, en su artículo 1.1 y 1.2 establece que:

³ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena. Punto 5

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen 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 por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social... Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”;

y en su artículo 2 determina que:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Analicemos brevemente algunos de estos conceptos. En primer lugar, se observa que no existe distinción alguna respecto a la obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas, en ese sentido es claro, se referencia a *“todo ser humano”*, en igualdad de condiciones libre de discriminación. Esto implica además de nacionales también extranjeros que circunstancialmente estén habitando en el país y por lo tanto sujeto a su jurisdicción. Relacionado a ello, considero personalmente oportuno utilizar más bien el concepto de equidad, referente a no un *“trato igual”* sino *“igualitario”*, es decir, conforme a las distintas necesidades de las personas. También trae aparejado que no basta con reconocer estos derechos, sino que los Estados deben realizar todas las acciones posibles para que realmente se haga efectivo, es decir, pasar de la literalidad del texto de la norma a la práctica. Bien sabemos que mejor que decir es hacer, ¿alcanza con firmar, ratificar tratados, convenciones y pactos si no se cumplen? Creo que la respuesta es más que clara. De allí la importancia de que el acceso a los derechos fundamentales como a la salud, a la educación, al trabajo, a un ambiente sano, a una vida digna, etc., no se vean impedidos en su ejercicio. Esto, está estrechamente vinculado a cuestiones de índole jurídica, política, social y económicas que se deben garantizar. Por ejemplo, si una persona necesita de manera urgente un tratamiento médico, debe tratarse con la celeridad que se requiere, porque están en juego derechos fundamentales para la persona, como la vida misma. Del mismo modo que si un proceso judicial es extremadamente extenso y tedioso, ¿qué tipo de reparación existe para una víctima si la justicia llega tarde?

b) Garantía de defensa en juicio y plazo razonable

También, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido que debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener – luego de un juicio tramitado en legal forma – un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal⁴. Agregó que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio, sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a la justicia (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)⁵. En esa línea sostuvo que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales⁶.

Recordemos que existen situaciones de extrema condición de vulnerabilidad, como es el caso de víctimas de delitos como la trata de personas, tanto sexual como laboral, donde en muchas ocasiones existe un aprovechamiento de esta condición. Cabe destacar que este delito, reconocido mundialmente, constituye una de las más graves violaciones a los derechos humanos y emerge con fuerza en el escenario internacional a partir del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (“Protocolo de Palermo”), anexo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada por la República Argentina mediante la ley N.º 25.632, en el año 2002).

Es importante no perder de vista a la hora de analizar la criminalidad compleja transnacional, ya que, cuanto más vulnerable se encuentre una persona, más propensa está a ser captada por estas organizaciones. Justamente, más foco debe ponerse en la prevención, ya que nadie puede consentir su propia explotación y ser considerado un objeto dentro de un mercado de bienes y servicios, de allí la

⁴ Fallos CSJN 344:10930; 344:378; 342:584; 327:327.

⁵ Fallos CSJN 344:378; 342:2344; 342:584.

⁶ Fallos CSJN 344:1930; 344:378.

importancia de entender que estamos frente a una condición susceptible de modificación por políticas públicas.

Respecto a este tema en concreto, las “100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobada por la “Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana”, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la Acordada 5/2009 del 24/2/2009, establece una enumeración ejemplificativa (no taxativa) respecto a que:

“se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico... Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Cabe destacar que estos supuestos constituyen características, y que partir del año 2008 (con la sanción de la ley y su modificatoria en el año 2012) tenemos rica jurisprudencia acerca de que es la vulnerabilidad.

II.- ¿Cómo se ejerce el control de convencionalidad?

Por último, una cuestión que considero que es dable de destacar es lo relacionado al control de convencionalidad a cargo de los jueces y demás operadores de la administración de justicia, y cómo debe realizarse. En este sentido explica el Dr. Marcelo Trucco que:

“en el control primario de convencionalidad hay un mensaje muy claro que la Corte IDH dirige a los jueces y juezas nacionales. En cierta manera les está diciendo: “Sres. jueces/juezas: Ya no solo son jueces de sus países, sino que también son “jueces del sistema interamericano”, es decir, que “ustedes son garantes de los tratados de derechos humanos y de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

“Entender esta dimensión por parte de quienes cumplen con la tarea diaria de administrar justicia resulta crucial para reforzar la enorme responsabilidad que lleva en sí misma dicha tarea como agentes y funcionarios de un Estado y como órganos encargados de cumplir en el caso concreto con la voluntad expresada por los Estados en la Convención Americana y demás tratados del sistema (...) La eficacia del sistema de protección internacional descansa en los órganos del Estado

*(especialmente los jueces) encargados de aplicarlos en el derecho interno. Si bien en Almonacid la obligación de realizar el control va dirigido a los "jueces", luego en el caso "Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, la Corte IDH amplía dicha obligación a "todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles". Por lo tanto, quedan incluidos los jueces de todas las instancias, incluidos la Corte Suprema de Justicia o Tribunales y Salas constitucionales, Procuradores, Secretarios, Juzgados de paz, miembros del Ministerio Público de Acusación y de la Defensa Pública."*⁷

En cuanto a cómo se ejerce ese control, se trata de un control de oficio, recordando que en nuestro sistema tanto el control de constitucionalidad, y por lo tanto también el de convencionalidad, es de naturaleza difusa "*judicial review*" (a diferencia por ejemplo de otros países europeos en donde es concentrado y lo ejerce un único órgano, un Tribunal Constitucional). Esto quiere decir que cualquier juez/a de Argentina, de cualquier instancia, puede realizarlo y que debe ejercerse por los órganos del Estado, pero "en el marco de sus respectivas competencias". Además, tiene efectos *Inter partes*, aunque pueden constituir precedente.

Ahora bien, ¿cómo se conjugan entre sí el Derecho Internacional y el Derecho Interno? La respuesta, explica el Dr. Marcelo Trucco, es simple: aplicando como pauta de preferencia normativa y de interpretación el principio "*pro-persona*". Esto implica que, ante el gran abanico, debe prevalecer siempre la solución que sea más favorable a la persona, la que mejor protege el derecho que se está reclamando.

III.- Breve conclusión

Una cuestión que considero importante destacar es que, estas instancias internacionales, no operan como una cuarta instancia. Es decir, no resultan como apelaciones de decisiones adoptadas por resoluciones locales, sino que intervienen mediante petición en virtud de violaciones a derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o en instrumentos regionales. De allí la importancia de comprender que quienes ejercen una función pública y judicial en virtud del cargo que ostentan, es decir, abogados/as que ejercen como jueces/juezas lo hacen representación del Estado, y desde esa lógica es que se debe actuar. Un debido control primario de convencionalidad y respetuoso de los derechos y garantías de las personas de manera oportuna, ahorra tiempo en reparación del

⁷ Trucco, Marcelo Fernando; "Control de convencionalidad, en pocas palabras: herramientas para su aplicación en el Derecho Interno de los Estados" – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Dunken, 2021; pág. 57.

derecho violado, evitando que no solo que se colapse el sistema con la llegada de numerosos casos a estas instancias supranacionales sino, lo más fundamental, que se haga una efectiva salvaguarda de estos derechos fundamentales en el momento oportuno.

Ahora bien, ¿el “Poder Judicial” es el único que tiene la responsabilidad de ejercer este control?: la respuesta a este interrogante es que no. El Estado es uno solo, dividido conforme sus atribuciones, pero tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo también deben realizar el control de convencionalidad. Dejando en claro en este sentido la Corte IDH que cada uno debe hacerlo en el marco de sus respectivas competencias.⁸

Por último, me gustaría poner en foco algunas reflexiones que establecía el filósofo Immanuel Kant con relación a la moral, la razón y el comportamiento de los seres humanos. Kant había partido de una reflexión sobre la buena voluntad para llegar al principio único: “*Actúa siempre de tal forma que puedas desear que tu acción se convierta en ley universal*”, no era ni más ni menos que una expresión del imperativo categórico. En ella, la única obligación era que la máxima de la acción estuviera conforme con la universalidad de una ley general. Solo ordenaba la forma que debería poder adoptar la máxima de una acción. (...) La universalidad del imperativo categórico no suponía un sacrificio del individuo sino la defensa de su condición de persona contra toda posible heteronomía. De ese modo se superaba el conflicto del individuo frente a la comunidad porque los intereses de ambos ya no estaban separados: en el imperativo categórico lo personal coincidía con lo universal.⁹

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

⁹ Kant, ¿Qué podemos saber y qué debemos hacer? En busca de los límites del conocimiento y de la moral. – Marcos Jaen; Capítulo 3; RBA Coleccionables, S.A, año 2015 (págs., 98, 100 y 101)