

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

EL LLAMADO 'CONTROL DE CONVENCIONALIDAD' Y EL 'CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD' EN LA ARGENTINA

Por HORACIO ROSATTI (*)

(Publicado en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, lunes 13 de febrero de 2012, pág. 1 y ss.)

Desde hace un tiempo se ha instalado en la doctrina nacional (*1), el debate en torno a la existencia y eventual autonomía del llamado *control de convencionalidad*, entendido como el control de compatibilidad -realizado en sede judicial nacional- entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares (por un lado) con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro). El debate incluye la incidencia del llamado control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad y no es sólo académico sino también jurisdiccional (*2).

Las preguntas que abarcan la discusión son variadas, e involucran –a simple título enunciativo- los siguientes tópicos:

- a) si existe obligación judicial de realizar tal control por parte de los jueces del país;
- b) si el mismo es 'paralelo' al control de constitucionalidad o se integra a éste;
- c) si debe prevalecer la respuesta que provenga de un control con relación al otro en caso de conflicto;
- d) si las fuentes internacionales que integran la convencionalidad a controlar (y a acatar) son el nudo texto del convenio, o también su interpretación realizada por quienes están autorizados para hacerlo;
- e) si la interpretación convencional realizada por órgano internacional competente obliga a los tribunales nacionales:

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- cuando se refiere al país concernido para el caso concreto o cuando se ha referido al país concernido (en causa similar con anterioridad) o incluso cuando se refiere, en causa similar, a otros países;
- cuando es practicada en el marco de un proceso controversial o también cuando es consultiva;
- sólo en la parte resolutive o también en la considerativa.

Los argumentos que defienden las distintas posiciones son, en general, verosímiles. Salvo –en mi opinión personal- uno. El que remite, en apoyo a la posición ‘ultra-convencionalista’- a la opinión de la Convención Constituyente reformadora de 1994; o mejor, a una opinión mayoritaria de la Convención.

Quisiera, por ello, en mi carácter de ex convencional constituyente y miembro de la Comisión Redactora, rebatir a la ‘ultra-convencionalidad’, aquella que sostiene la exigencia de un control de convencionalidad autónomo del control constitucional y aun prevaleciente sobre éste, en base a lo que creo ‘quisimos decir’ o ‘mayoritariamente quisimos decir’ o –desde otro ángulo- lo que ‘mayoritariamente no quisimos decir’ los convencionales de 1994.

O, tal vez, más modestamente, lo que ‘creí entender’ al votar el art. 75 inc. 22).

1. No hay un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad

La inserción de los tratados internacionales en el orden jurídico argentino

En la República Argentina el art. 31 de la Constitución Nacional es la norma que determina el orden jerárquico de los distintos componentes de su sistema jurídico, al establecer, en lo pertinente, que la “*Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y la autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no*

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”.

La reforma constitucional de 1994 vino a resolver un problema interpretativo recurrente desde la sanción misma del art. 31: el del *status* jurídico de los tratados internacionales. Lo que se debatía antes de la reforma era si los tratados, siempre por debajo de la Constitución, tenían menor, igual o mayor jerarquía que las leyes (*3). La reforma, sin alterar el texto del art. citado art. 31 (pues no estaba habilitada para hacerlo (*4)), determinó la jerarquía supra-legal de todos los tratados internacionales y los tipificó en base a la materia objeto de regulación. El disímil contenido de los tratados prohija una jerarquización que se expresa en su articulación con la Constitución y la ley y en la facultad/dificultad con que pueden ingresar, progresar o egresar al sistema jurídico nacional.

Ahora las categorías constitucionales de los tratados, según los ejes temáticos concernidos, son las siguientes:

- tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, 2° y 3° párrafo);
- tratados de integración (art. 75 inc. 24);
- tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (art. 75 inc. 22, 1° párrafo);
- concordatos con la Santa Sede (art. 75 inc. 22, 1° párrafo); y,
- convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (art. 124).

Circunscribiendo el análisis a los tratados internacionales celebrados por el Estado Nacional, la jerarquía resultante es la siguiente:

- tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2° párrafo); y,
- tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden subclasificarse en:

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1°) tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, tercer párrafo); y,

2°) tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, primer párrafo y art. 75 inc. 24).

Hemos sostenido anteriormente (*5), (y ahora lo reiteramos), que una redacción más adecuada del art. 31 de la C.N., a tenor de las aclaraciones introducidas por la reforma de 1994 (recuérdese que la Convención Constituyente de ese año no podía reformar artículo alguno de la Primera Parte de la Carta Magna, donde se aloja la cláusula citada) debería leerse del siguiente modo: ***“Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de su respectiva competencia, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”***

Queda claro entonces que, lejos de desligar a los tratados (celebrados y ratificados por nuestro país) del orden jurídico nacional, la reforma los entendió incorporados a dicho orden y les asignó una ubicación específica dentro de la jerarquía normativa (*6).

De modo que tales tratados no observan desde un empíreo, por fuera del orden jurídico nacional; integran ese orden del mismo modo que los planetas de un sistema que –sin perder su especificidad- se vinculan en torno a una estrella.

Consecuentemente, así como no desliga a los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) de la Constitución, la introducción del art. 75 inc. 22] tampoco autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control *de convencionalidad*) del control general *de constitucionalidad*.

Dicho de otro modo: la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad *'por fuera'* del control de constitucionalidad.

2. No hay un control de constitucionalidad 'por sobre' el control de constitucionalidad

La recepción de los tratados internacionales en el orden jurídico argentino

El inc. 22 del art. 75 de la C.N. expresa que los tratados internacionales ingresan al orden jurídico argentino "*en las condiciones de su vigencia*". Se trata de una expresión que ha generado interpretaciones disímiles, una de las cuales la asimila a la forma en que tales convenciones son interpretadas por los órganos internacionales competentes para hacerlo. De modo que no sólo el texto sino también la interpretación de tales tratados serían incorporados al sistema jurídico argentino, obligando a los tribunales locales 'a considerar' (como "*imprescindible pauta de interpretación*" y aun 'a seguir' (de modo 'imperativo') a este bloque normativo-doctrinario, que prevalecería –en caso de conflicto- sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

No me consta en absoluto que la expresión "*en las condiciones de su vigencia*" de los tratados internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 en la forma descripta, implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos.

Me consta, por el contrario, que la expresión en análisis remite a las modalidades de la incorporación de tales tratados en el orden jurídico argentino (vgr: con o sin reservas [y en este último caso "*según ellas*"], con o sin jerarquía constitucional).

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención –más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada- no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la ley n° 24309 sino también por motivos sustantivos o conceptuales (*7)), el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión entendió que la incorporación de la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” -referida a los tratados individualizados por el art. 75 inc. 22) segundo párrafo- permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender “*por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”) a la Convención sobre los Derechos del Niño (*8).

Dicho de otro modo: la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario (*9).

3. Conclusión

- La incorporación del art. 75 inc. 22) en el texto constitucional no pretendió desvincular la protección de los derechos humanos conforme a su fuente jurídica de reconocimiento (nacional o internacional) o a su fuente jurídica

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

de aplicación (jurisdicción nacional o jurisdicción internacional [consultiva o contenciosa]).

- No estaba en el ambiente de la Convención inaugurar –a partir de la cláusula en examen- un control jurídico “nuevo” (de convencionalidad) desligado del control jurídico “viejo” (de constitucionalidad) y –menos aun- darle prevalencia al control “nuevo” sobre el control “viejo”.
- No es históricamente cierto que la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” –en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos- haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘*con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes*’.
- Nadie pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aun a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una ‘cláusula gatillo’ accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30.

En definitiva (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) sostengo que la pretensión de un *control de convencionalidad* alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine *apriorísticamente* toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 118 de la C.N.

(*) Ex Convencional Constituyente de la reforma de 1994. Ex Procurador del Tesoro de la Nación. Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(*1) ABEL, Federico, “*El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano*”, La Ley, 20 de mayo de 2011, pág. 1 y sgte.; VV.AA., “*El control de convencionalidad*”, ALBANESE, Susana (Coordinadora), ed. Ediar, 2008; BAZÁN, Víctor, “*El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial*”, La Ley, Suplemento de Actualidad, 1º de febrero de 2011, pág. 1; BIANCHI, Alberto B., “*Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’*”, La Ley 2010-E, 1090; GELLY, 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, t.2010-C, pág. 1192; GELLY, María Angélica, GOZAINI, Alfredo, SAGÜÉS, Néstor P., “*Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*”, La Ley, 16 de marzo de 2011, pág. 3 y ss.; GIALDINO, Rolando E., “*Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos*”, La Ley, t. 2008-C, pág. 1295; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Globalización y control de convencionalidad*”, La Ley, 20 de julio de 2011, pág. 1; HITTERS, Juan Carlos, “*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*”, la Ley, t. 2008-E, pág. 1169; HITTERS, Juan Carlos, “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*”, La Ley, t. 2009-D, pág. 1205; IBARLUCÍA, Emilio A., “*La recepción del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y el ‘control de convencionalidad’*”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, agosto de 2011; PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “*El control de convencionalidad y los convenios de la OIT*”, La Ley, t. 2009-D, pág. 1082; SAGÜÉS, Néstor P., “*El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales*”, La Ley, t. 2009-B, pág. 761; SAGÜÉS, Néstor P., “*Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano*”, La Ley, t. 2010-D, pág. 1245.

(*2) A título de ejemplo: CSJN Fallos 318:514 in re “*Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*”, del 7 de abril de 1995; Fallos 319:1840 in re “*Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación*”, del 12 de setiembre de 1996; Fallos 327:3294 in re “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ asociación ilícita, intimidación pública y daño y homicidio agravado*”, del 24 de agosto de 2004; Fallos 327:5668 in re “*Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa [Bulacio, Walter David]*”, del 23 de diciembre de 2004; Fallos 328:2056 in re “*Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.*”, del 14 de junio de 2005; Fallos 330:3248 in re “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*”, del 13 de julio de 2007 y causa “*A., J. E. y otro s/recurso de casación*”, dictamen del Procurador General del 10 de marzo de 2010 (C. S. A. 93, L XLV)

(*3) Quienes sostenían que los tratados tenían menor jerarquía que las leyes aducían que aquellos por sí solos eran ‘incompletos’ pues necesitaban de la ley aprobatoria para entrar en vigencia en nuestro país; quienes sostenían que tenían la misma jerarquía se apoyaban en que la necesaria aprobación legislativa de la ley para ingresar al orden jurídico nacional los convertía lisa y llanamente en leyes; y quienes sostenían la mayor jerarquía de los tratados argumentaban que ellos expresaban la voluntad de dos (o más) Estados soberanos, lo que no podría ser modificado por la ley, en tanto expresión unilateral de la soberanía de un Estado.

(*4) Ley 24309, art. 7: “*La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional*”.

(*5) ROSATTI, Horacio, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, tomo I, Segunda Parte, Sección II, Capítulo 2.

(*6) Recuérdese asimismo la vigencia del art. 27 de la C.N., que impone como límite a la celebración de los tratados -cuando refieran a paz y comercio- “*que estén en conformidad con los principios de derecho público*” de nuestra norma fundamental.

HORACIO ROSATTI

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales
Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal
Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(*7) Recuerdo, en aquellos tumultuosos días, a grupos de manifestantes expresándose a toda hora -en las adyacencias del Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral, sede de las deliberaciones de la Convención- en favor y en contra del tratamiento constitucional de este tema. Recuerdo también las conversaciones que -sobre este tema y como vice-presidente del bloque mayoritario- sostuve con el titular del bloque de la UCR, el ex presidente de la Nación, dr. Raúl Alfonsín, quien me expuso las graves consecuencias que se derivarían de incorporar una cuestión no prevista en la ley de convocatoria.

(*8) La República Argentina aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño por ley n° 23849 (Sanción: 27/09/1990; Promulgación: 16/10/1990; Publicación B.O.: 22/10/1990). El art. 2 de dicha ley estableció la reserva mencionada en referencia al concepto de niño al que se alude en el art. 1° de la Convención.

(*9) La siguiente es la opinión de otro convencional constituyente de 1994, también integrante de la Comisión de Redacción: *“Los tratados... se incorporan ‘en las condiciones de su vigencia’, es decir, tal y como rigen –del modo como se encuentran vigentes- en nuestro derecho. Se trata de una especificación de la máxima importancia, ya que nuestro país, al momento de ratificar los instrumentos que aquí se constitucionalizan, ha formulado reservas y declaraciones interpretativas respecto de éstos, de suerte que la vigencia de dichos tratados para con la Argentina ha de entenderse –de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional Público- de conformidad con el modo en que nuestro país ‘manifestó su consentimiento’ en obligarse por aquellos, es decir, de conformidad con la declaración manifestada en el denominado ‘instrumento de ratificación’ y en el que se explican las reservas y declaraciones interpretativas en relación a cada uno de los tratados de que se trate”*. BARRA, Rodolfo, *“Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales”*, en VV.AAA, *“La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión Redactora”*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 180.