

CAPÍTULO XXII

El control de convencionalidad

1. SINOPSIS

Reseñaremos los ingredientes principales de este dispositivo, cuya meta principal es asegurar la operatividad de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Nos detendremos, a ese fin, de modo particular en los estados adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

2. CONTROL “EXTERNO” E “INTERNO” DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos practicó reiteradamente, por sí misma, “control de convencionalidad”, invalidando reglas nacionales, incluso de nivel constitucional, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica (casos “La última tentación de Cristo”, y “Boyce vs. Barbados”, por ejemplo). A eso se lo puede denominar el control “externo”, o internacional, o “desde arriba”, de convencionalidad.

A partir de 2006, la Corte Interamericana dispuso que los jueces nacionales también tenían que realizar tal cometido, inaplicando las reglas domésticas opuestas, en especial, al Pacto de San José de Costa Rica y a su propia jurisprudencia. Conforme a ello, los jueces locales son también jueces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y realizan un control “interno” o “nacional”, de convencionalidad. La Corte Interamericana invocó como fundamentos de esta ampliación va-

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

rios argumentos: los principios de buena fe y de *pacta sunt servanda* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, y el principio de *effet utile* —“efecto útil”— de los tratados, conforme al cual, los estados se comprometen a realizar todos los actos y medidas normativas necesarios para cumplir con un tratado internacional. Esta argumentación es atractiva, pero insuficiente. Los estados, según la Convención o Pacto que comentamos, solamente se obligan a ejecutar las sentencias dictadas en su contra (art. 68), no a seguir la doctrina fijada por la Corte Interamericana en fallos donde ese Estado no ha sido parte. En realidad, aquí la Corte realizó una *interpretación mutativa por adición* al Pacto: le sumó algo que éste no decía, con la intención —en principio, correcta— de afianzar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y la autoridad de la Corte Interamericana.

Como toda interpretación mutativa, tendrá éxito, y se transformará en regla consuetudinaria, si en el futuro resulta acatada por la propia Corte Interamericana y por los operadores nacionales. Actualmente ha logrado bastante aceptación, no siempre incondicional, por parte de estos últimos.

3. PRINCIPALES CASOS QUE DISEÑAN EL CONTROL

Pedagógicamente pueden establecerse los siguientes hitos jurisdiccionales:

- a) casos “Almonacid Arellano”(párrs. 124 y 125) y “Trabajadores cesados del Congreso”, párrafo 128 (del 26 de septiembre y 24 de noviembre de 2006, respectivamente). Instalan el control *repressivo* de convencionalidad, de oficio, practicado por los jueces nacionales;
- b) caso “Radilla Pacheco vs. México”, (2009) donde la Corte afirma el control *positivo* o constructivo *de convencionalidad*, en materia de “interpretaciones” legales y constitucionales (párrs. 338 a 340);
- c) caso “Gelman 1” (24 de febrero de 2011), que exige el control incluso sobre normas aprobadas o convalidadas por el pueblo de un Estado; y consolida la ampliación de quienes deben operar el control de convencionalidad, a cargo de todos los órganos del Estado, dentro de sus competencias (párrs. 193, 196, 236, 238), y

El control de convencionalidad

- d) caso “Gelman 2” (20 de marzo de 2013), que ratifica a “Gelman 1”, rediseña las “manifestaciones” o niveles de dicho control y lo hace confluir con el control de constitucionalidad.

4. LAS “MANIFESTACIONES” DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En efecto, en el llamado caso “Gelman 2”, la Corte Interamericana remodeló su doctrina del control de convencionalidad (párrs. 65 y ss.), y determinó que tiene dos *manifestaciones*, como así las llama.

- a) la primera se presenta cuando existe *cosa juzgada internacional*, es decir, una sentencia pronunciada por la Corte Interamericana contra un Estado (*res judicata*). En tal supuesto, el control de convencionalidad exige el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo, y que las decisiones de este último no se vean mermadas por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento, y
- b) la segunda manifestación acaece respecto de los demás estados que no han sido parte en un proceso internacional seguido contra uno de ellos, perfilándose así lo que Eduardo Ferrer Mac Gregor llama “*res interpretata*” —cosa interpretada—. Aquellos estados están obligados a seguir los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, “todas sus autoridades y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas”, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, y tanto respecto de emisión como de aplicación de sus normas, y en la determinación, juzgamiento y resolución de los casos concretos.

Ese control, en los supuestos de “cosa interpretada”, admite a su turno, y según anticipamos dos modalidades: (i) *repressivo*, si el juez se abstiene de aplicar una norma local opuesta al Pacto de San José de Costa Rica —u otro tratado internacional sobre derechos humanos—, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En “Almonacid Arellano”, la Corte señaló, con singular dureza, que en ese supuesto la norma doméstica debe entenderse carente, desde su inicio, de efectos jurídicos; y (ii), *constructivo*, cuando el juez reinterpreta

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

y adapta la norma local de manera “conforme” a tales parámetros internacionalistas (tratados y doctrina de la Corte).

5. MATERIAL CONTROLANTE Y MATERIAL CONTROLADO

El elemento “controlante” en el control de convencionalidad está compuesto, según vimos, por los instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por un Estado. No solamente, pues, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ese manejo normativo puede variar, y de hecho varía mucho, de Estado a Estado. También se integra con la doctrina judicial sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso la vertida en opiniones consultivas (así lo indica la Opinión Consultiva 21/2014, de la misma Corte). Todo ello conforma el llamado, acertadamente, *bloque de convencionalidad*, que posee, por ello, *supremacía convencional*, según las lúcidas calificaciones de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El material *controlado* está integrado por todas las normas y prácticas locales, incluso las constitucionales. Ello puede plantear problemas de empalme y armonización respecto de estados que siguen una idea rígida y anticuada del principio de supremacía constitucional. Nos remitimos sobre el tema al capítulo XXV. Por lo demás, que la norma local haya sido sancionada con mayor o menor consenso —también por unanimidad—, y que haya sido o no ratificada popularmente, no viene al caso: si infringe los derechos humanos e fuente internacional, tiene forzosamente que ser descalificada. El número de aprobantes de esa norma no convalida las lesiones que pueda provocar a los derechos humanos. La voluntad del pueblo, en resumen, no puede transformar a lo inconventional, en convencional. La democracia, concluyendo, debe someterse a los derechos humanos, y no a la inversa. Lo que explica el desarrollo de la doctrina de esos derechos, en particular después de la segunda guerra mundial, es precisamente su categorización internacional por encima de las mayorías populares locales.

En el control de convencionalidad el operador del caso compara el material controlado con el controlante. Si no hay conflicto, lo aplica. Si lo hubiera, deberá primero realizar control *constructivo*, y solamente si el mismo fracasa, control *represivo*, inaplicando a la regla local.

El control de convencionalidad

6. SUJETOS QUE DEBEN REALIZAR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En principio, después de “Gelman 2”, son todos los órganos del Estado, en particular los más próximos a la administración de justicia. Existen debates acerca de si todos los jueces —aun quienes no están constitucionalmente habilitados para realizar control de constitucionalidad—, pueden o no concretar control de convencionalidad (véase *infra*, cap. XXV). Sobre el control de convencionalidad por parte de órganos ejecutivos y administrativos, y legisferantes (nos remitimos a *infra*, cap. XXIV).

7. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el mismo caso “Gelman 2”, párrafo 88, la Corte Interamericana indica que los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad, en cuya confluencia —opina la Corte— no hay obstáculo jurídico alguno, atento haber aprobado el país del caso y conforme sus procedimientos constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La conclusión es acertada. Cuando el juez nacional practica control de constitucionalidad, no debe dar prioridad jurídica a cualquier Constitución, sino a la Constitución nacional “convencionalizada” —adaptada e interpretada conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana—. A su vez, cuando ejecuta control de convencionalidad, no puede ignorar a la Constitución local, incluso haciéndola prevalecer, si sus cláusulas son más favorables a la persona que las reglas procedentes del derecho internacional de los derechos humanos (véase *infra*, cap. XXIII).

8. SOBRE LOS TOPES O LÍMITES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Cabe preguntarse si este mecanismo debe tener una aplicación automática o robótica, o en cambio, si contiene bordes, fuera de los cuales no debería ser instrumentado. Atendemos el problema *infra*, capítulo XXVI, *in fine*.