

CAPÍTULO XXIV

Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad*

a Rubén Hernández Valle

1. LOS ROLES REPRESIVOS Y CONSTRUCTIVOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo*: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica¹ y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar “de oficio” por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso “Trabajadores cesados

* El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

¹ En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de *bloque de convencionalidad*, como agudamente lo denomina, *v. gr.*, Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz-Arnaz, Alejandro y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 109, 92.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

del Congreso *vs.* Perú”), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, *v. gr.*, de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, “Gelman *vs.* Uruguay”, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Hemos alertado que junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional*, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso “Radilla Pacheco *vs.* México”, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, párr. 233, y sus citas de “Fernández Ortega *vs.* México y Rosendo Cantú”), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* —cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados—, *mutativas por sustracción* —al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia—, o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* —también son llamadas “sustitutivas”—, donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.² El tema se vincula así con la doctrina

² Derivamos también al lector a Sagüés, Néstor Pedro, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la «constitución nacional» a la «constitución convencio-

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas —no en sentido peyorativo—, *manipulativas* o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operator local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución —y todo el derecho— nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operator actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

2. UN AVANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL PRACTICADO POR ÓRGANOS NOMOGENÉTICOS NACIONALES

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, sobre supervisión del cumplimiento del fallo “Gelman vs. Uruguay” del 24 de febrero de 2011, y que a los fines didácticos llamaremos el fallo *Gelman 2*, la Corte Interamericana va a subrayar el papel del control de convencionalidad “tanto en la *emisión* y aplicación de normas” (párr. 69, las cursivas son

nalizada”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia-Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, pp. 15 y ss.; “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La «constitución convencionalizada»”, en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flavia, y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.; *La interpretación judicial de la Constitución. De la “constitución nacional” a la “constitución convencionalizada”*, México, Porrúa, 2013, p. 356.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

nuestras), con lo que está alertando que dicho control asume nuevas poses jurídicas:

- a) en primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada Cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores “inferiores”, como es el poder ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo —algunas veces— de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su “reglamento interior” a tenor del art. 113 de la Constitución nacional),³ o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa.

En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo del estadounidense en “Cooper vs. Aaron”,⁴ se han arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, *norma*, y está captada por la doctrina del control de convencionalidad.

³ Algunas veces, ciertos códigos procesales han habilitado a algunos tribunales, por ejemplo de segunda instancia, a dictar “acuerdos” plenos o plenarios, que sientan doctrina judicial obligatoria para los jueces inferiores a ellos. Tales acuerdos generan asimismo normas, bien que con aplicación limitada. Esa aptitud legisferante ha provocado discusiones sobre su constitucionalidad, por entender, sus objetores, que afecta el principio de división de los poderes.

⁴ En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado, igualmente por vía jurisprudencial, una regla similar a la de “Cooper vs. Aaron”, aunque con la salvedad de que los jueces pueden apartarse de su doctrina judicial dando razones valederas y nuevas para así hacerlo. Nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, cit., pp. 267 y ss.; *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, cit., t. 1, pp. 184 y ss.

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo enunciada en un Código Procesal Constitucional,⁵

- b) en segundo lugar, es un control de tipo mixto, por un lado *preventivo*, en el sentido que debe realizarse *antes* de emitir la norma, redactándola conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, *reparador*, a fin de autoabolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas Convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final”, que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976-1983, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.

Por supuesto, ambas dimensiones —la preventiva y la reparadora—, son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconventionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros —*v. gr.*, jueces—, necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconventionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope *heterónomo* a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza —felizmente— a hacerse carne en diversos escenarios latinoamericanos, y

- c) una variante peculiar de este contralor preventivo la tenemos, *v. gr.*, cuando el legislador nacional *recurre explícitamente al Pacto de San José de Costa Rica para hacer operar parte del derecho local*. Así, por ejemplo, cuando indica que cierta norma nacional

⁵ Cfr. Eto Cruz, Gerardo, “Presentación”, en Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Lima, ADRUS, 2009, pp. 9-10.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

debe entenderse conforme al Pacto. Una muestra de ello ha sido la ley 26.854 de la República Argentina, sancionada en 2013, sobre regulación del ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, por cierto muy criticada por el papel excesivamente limitativo con que condiciona a tales diligencias precautorias, pero que en varias partes de su articulado se remite, para facilitar tales diligencias y moderar el rigor legal, al caso en que *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos...*” (las cursivas son nuestras).⁶

⁶ La ley argentina 26.854, alude varias veces al concepto de “vida digna”, como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional.

- a) Lo hace, en primer lugar, en su art. 2º, inc. 2, cuando puntualiza que “la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos*, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental” (las cursivas son nuestras). En esta cláusula, la “vida digna” está operando como un factor —entre otros— habilitante de medidas cautelares ante magistrados incompetentes. Importa, pues, una excepción: si la medida cautelar no estuviera programada para satisfacer una vida digna, o alguno de los otros bienes aludidos, no resultaría viable ante un juez incompetente.
- b) A su turno, el art. 4º, inc. 3 de la misma ley, expone que “las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada”. Aquí la norma confiere al valor “vida digna” (y a los otros bienes mencionados en el art. 2º, inc. 2), una situación privilegiada: exime potencialmente de la tramitación y resolución de la medida cautelar, un informe previo a la autoridad pública demandada.
- c) El art. 5º, párr. segundo, después de enunciar —en el primero— que las medidas cautelares cuentan con un plazo de duración, que deberá ser obligatoriamente dispuesto por el juez del caso, alerta que “no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2”. Ello acarrea una singular vigorización temporal para tales medidas, algo que puede ser decisivo para el éxito de una demanda.
- d) El art. 10, inc. 2, permite expedir medidas cautelares relativas a los casos del art. 2º, inc. 2, con una mera caución juratoria —las otras cautelares, deberán cubrir caución real o personal—.
- e) El art. 13, inc. 3, párr. segundo, establece que las apelaciones contra las medidas cautelares dispuestas en primera instancia ordenando la suspensión de

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

La ley 26.854, por tanto, ha adoptado el concepto de “vida digna” gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un factor de trato favorable para ciertas medidas cautelares tendentes a tutelarlos. Dicha consideración privilegiada se traduce en la posibilidad de presentarlas ante un juez incompetente, de no requerir un informe previo para la expedición de la cautela, eximir al juez del deber de fijar un plazo para su vigencia, habilitarla con una simple caución juratoria, y otorgar el recurso de apelación contra la medida, con efecto devolutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acuñó la idea de “vida digna” aglutinando dos derechos fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos: los de vida y dignidad. También describió su antivalor, el de “vida indigna”, que provoca responsabilidad internacional para el Estado del caso.

El tribunal interamericano desarrolló tales conceptos primero en tutela de los derechos de reclusos, especialmente menores, pero después lo proyectó en materia de comunidades indígenas, y finalmente en términos más amplios. Muestra de esa evolución son, por ejemplo, los casos “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” (párrs. 159, 160, 170, 176), “García Asto vs. Perú” (párr. 221), “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (párrs. 162, 163), “Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay” (párrs. 159, 196, 203, 208, 211), “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párrs. 127 a 132, 138 a 140), “Zambrano López vs. Ecuador” (párr. 81), etcétera.

El concepto de “vida digna” es abierto y flexible. Para la Corte Interamericana, significa que la vida debe estar complementada por la

los efectos de una ley o de un reglamento, “tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inc. 2º”. También aquí la ley 26.854 trata con mayor benignidad a las medidas precautorias ordenadas a amparar la “vida digna”, cuando suspendieren la aplicación de leyes o reglamentos del mismo rango que ley, las que, cuando son concedidas inicialmente, se ejecutan lo mismo aunque fueren apeladas (el recurso será entonces con efecto devolutivo).

La suma de estas normas de trato favorable para las medidas cautelares adoptadas en defensa de la vida digna, es por cierto significativa: alivia recaudos de competencia, de un requerimiento de informe al demandado, de determinación de plazo de validez, flexibiliza la contracautela y da vigor ejecutivo a lo resuelto, pese a que la resolución admisorias se encontrase recurrida.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana.

El derecho al desarrollo de una “vida digna” implica conductas negativas para el Estado —no atentar contra la vida—, pero muchas más, de tipo positivo y prestacional, concretas además, que se vuelven más apremiantes ante supuestos de sujetos o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y de riesgo.

El Tribunal Interamericano ha realizado múltiples especificaciones del concepto de “vida digna” ante situaciones muy diversas. Con referencia a presos, por ejemplo, y entre otros, ha mencionado su derecho a la vida, integridad personal, ausencia de tratos y castigos degradantes, separación entre presos y condenados, entre adultos y menores, precaución ante riesgos como incendios o agresiones. Si el detenido es niño, la preocupación estatal debe ser mayor, por su vulnerabilidad, debiendo incursionar asimismo en todas las áreas concernientes al futuro desarrollo físico e intelectual del menor. Respecto de indígenas, ha descrito su derecho a la salud, ambiente sano, alimentación, propiedad comunitaria, recursos naturales, habitación, educación y beneficios de la cultura. Con relación a discapacitados mentales, su derecho a tratamientos médicos eficaces, dignos y lo menos restrictivos posibles.

En general, el concepto o principio de “vida digna” es dinámico y en definitiva, materialmente, nomogenético: alberga y genera nuevas puntualizaciones de derechos —o si se prefiere, de subderechos—, inferidos de los expresa y escuetamente declarados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea generalmente a cargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos.

La solución adoptada por la ley argentina 26.854, sin ser aislada, no es frecuente en el derecho comparado: ocurre cuando una ley nacional remite, en puntos de relevancia, a un texto y a unas reglas jurisprudenciales elaboradas por un tribunal regional. Esa derivación, que no es estática sino abierta y evolutiva, resulta pues de sumo interés. Quizá no habría sido necesaria, porque el concepto de “vida digna” emergen-

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

te del Pacto de San José y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de todos modos obligatorio, según la doctrina del control de convencionalidad; pero de todos modos es atractiva, como muestra del refuerzo de tal control y del engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, habrá que ver de qué modo los operadores locales procesan y despliegan tal mecanismo, que desde otra perspectiva, puede aportar datos provechosos en el diálogo entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana. De momento, ello impone para jueces y abogados una constante y actualizada información sobre las aplicaciones y especificaciones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del principio de “vida digna”.

3. LAS INCONVENCIONALIDADES SOBREVINIENTES

Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente “convencional” —en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscritos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, pero que *después* se transforme en inconvenicional, *v. gr.*, si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella Norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados.

Estas posibles inconvencionalidades “sobrevinientes” obligarían a sanear el orden jurídico nacional, inaplicando o dejando sin efecto la regla doméstica originalmente convencional, pero más tarde inconvenicional. Este trabajo correría a cargo de los jueces, en el marco de sus competencias, pero también del órgano emisor de las normas internas involucradas en el problema. Ello empalma con el principio del “efecto útil” de los tratados, reflejado *v. gr.*, en el artículo 2-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando indica que con relación a los derechos y libertades reconocidos por ella, “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Tal “efecto útil”, de larga prosapia en el derecho internacional, estaba hasta hace pocas décadas entendido como una suerte de gentil

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

invitación para los estados nacionales, en el sentido de adaptar, del modo y en el momento en que quisieran, sus normas a los tratados de derechos humanos que suscribieran. Más que una regla de derecho positivo coactiva para ellos, parecía una suerte de acto de cortesía que, si se incumplía, pocas consecuencias provocaba, salvo algunos escasos suspiros académicos. Además, si el tratado afectaba a la Constitución, el principio de supremacía constitucional, entendido graníticamente, blindaba contra cualquier posible intento de “utilidad” de ese “efecto útil” del tratado.

Es notorio que la doctrina del control de convencionalidad, tal como ha sido pergeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responde a parámetros muy distintos, en el sentido que confiere al principio del “efecto útil” una decidida operatividad compulsiva. Si los estados tienen que “adoptar” medidas legislativas “o de otro carácter” para cumplir con la Convención, tendrán que modificar las reglas internas contrapuestas con ella, lo que importa un deber, entre otros, de reformar ese derecho interno, incluyendo al constitucional. Naturalmente, antes de consumir una reforma, está la provechosa atención del entendimiento “conforme” de ese derecho interno, con el Pacto de San José de Costa Rica, como —según vimos— se indicó en “Radilla Pacheco vs. México”, tanto en materia de interpretaciones “legislativas” como “constitucionales”, según vimos. En eso, el intérprete-operador nacional debe extremar su imaginación y creatividad. Tiene que saber encontrar recetas anteriores, o diseñar nuevos productos interpretativos de la norma interna legal o constitucional, para hacerla compatible con el texto del Pacto de San José de Costa Rica y las pautas jurisprudenciales que produzca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. EL CONTROL EJECUTIVO (Y ADMINISTRATIVO EN GENERAL) DE CONVENCIONALIDAD. DIMENSIONES

Hemos advertido que en el caso “Gelman 1”, ratificado posteriormente, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a todos los órganos del Estado, especialmente los conectados con la administración de justicia, dentro del marco de sus competencias. El poder ejecutivo, y la administración en general, están pues involucrados en esa tarea. El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

supuesto, erróneo por cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea, básica, y casi exclusiva, de jueces. Pero hay felices excepciones.⁷

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el poder ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

4.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas

Tal es el caso del poder ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie, a título de ejemplo: *a)* decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; *b)* decretos reglamentarios de una ley; *c)* decretos autónomos, en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; *d)* decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el Congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto, habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de que cabe corregir —y de ser necesario, dejar sin efecto— las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

4.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control debe realizarse, también, de oficio (por ejemplo, caso “Gelman 1”, 24/2/2011, párr. 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen

⁷ Recomendamos la lectura de Moroni Romero, Lucas L., “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2013-IV-1336, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (v. gr., caso “Baena”, 2/2/01, párr. 129).

4.2.1. *Control constructivo de convencionalidad.* En este terreno, todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme” ya reseñada. En otras palabras (véase *supra*, cap. XXIII) tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas, con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control *difuso* de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, *constructivo*. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como decanos y consejos directivos de una Universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico.⁸

4.2.2. *Control represivo de convencionalidad.* En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma —piénsese, v. gr., en un director de administración que se encuentra ante un decreto del poder ejecutivo, en principio irremediamente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica—, no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar al decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

⁸ Cfr. Molinari Romero, Lucas L. “El control administrativo de convencionalidad”, *cit.* en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

La cuestión es más compleja cuando un jefe de Estado, *v. gr.*, entendiendo que una ley —a la que se encuentra constitucionalmente subordinado—, choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, debe primero agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad, para realizar una “interpretación conforme”, según apuntamos —a través del método de selección y construcción de interpretaciones—; pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad, e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse, según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (*v. gr.*, caso “Gelman 1”, 24/2/2011, párr. 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumir control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

El tema es discutido, sobre todo en aquellos países donde el poder ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley —todo ello en base al principio de división de los poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el poder ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase—, y tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante, para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo).⁹

⁹ El tema lo hemos tratado con mayor extensión en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *cit.*, t. 1, pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el poder ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes, invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación “conforme”, portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, al par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad, para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

En definitiva, lo que no es admisible es que el poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, *v. gr.*, de una ley.

5. RECAPITULACIÓN

El poder ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

- a) en cuanto emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. También, de modificar o derogar las que se opongan a ambas;
- b) respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control *constructivo* (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana), y
- c) de subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar —igualmente de oficio— por la inaplicación de las reglas nacionales (control *represivo*). Según sea el régimen de control de

Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el poder ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad daría lugar, frente a los particulares.

Nuevas fronteras del control de convencionalidad...

constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo, y requerir ante ellos la descalificación —y consecuente inaplicación— por inconventionalidad, del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.

6. LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El lector podrá advertir que la doctrina del control de convencionalidad diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente. Abundan los zigzagueos, los avances y los despliegues no siempre armónicos. Su formulación es tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances. Como típica construcción pretoriana, no tiene la estructuración sistemática que podría esperarse de un producto legislativo como el de un Código Procesal Constitucional, si vale el ejemplo.

En definitiva, el operador nacional —juez, funcionario estatal en general, abogados, legisladores, etc.—, debe pues estar atento al curso de los veredictos de la Corte Interamericana, que como apreciación global, han incrementado y siguen incrementando la superficie y la intensidad del control de convencionalidad dibujado en fallos liminares como “Almonacid Arellano vs. Chile”. La falta de información equivale aquí a desconocimiento de avances muy relevantes en la materia que abordamos.

El control de convencionalidad, que corre parejo con el control de constitucionalidad, mediante mutuas complementaciones, importa por ende un verdadero ejercicio jurídico al que mentes formadas en conjuntos normativos orgánicos y autosuficientes, al estilo de los códigos clásicos gestados en la centuria decimonónica, no siempre están entrenadas para asumir y practicar. Pero el desafío existe y debe ser atendido.

Los controles legislativo y ejecutivo, y administrativos en general, de convencionalidad, son una muestra de ello.