

EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN DE UN *IUS COMMUNE* INTERAMERICANO

Néstor Pedro SAGÜÉS

SUMARIO: I. *Introducción. Formulación del principio.* II. *De “una especie de control”, al “control” liso y llano.* III. *Fundamentos jurídicos del control.* IV. *¿Quién debe practicar el control de convencionalidad?* V. *¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad en el ámbito nacional?* VI. *El material normativo controlado.* VII. *El material normativo controlante.* VIII. *Los efectos del control.* IX. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad.* X. *La interpretación de la constitución “conforme” a la Convención Americana sobre derechos humanos.* XI. *El futuro del control de convencionalidad.* XII. *Recapitulación. Conclusiones.* XIII. *El control de convencionalidad practicado por la propia Corte Interamericana.*

I. INTRODUCCIÓN. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO

En el escenario latinoamericano, y con algunos antecedentes precisos en votos aislados emitidos en otros pronunciamientos,¹ la sentencia pronun-

¹ Véanse, por ejemplo, los votos singulares del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003), y Tibi (7 de septiembre de 2004). *Cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007/2009”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 13, 2009, pp. 503 y 504. Pero algunas veces se hace remontar la gestación del control de convencionalidad a lustros atrás. Véase Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 51 y ss.

ciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, del 26 de septiembre de 2006, definió claramente, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, el “control de convencionalidad” a practicarse por los jueces nacionales.²

Conviene transcribir literalmente, primero, el texto del veredicto, tal como surge del considerando 124:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El considerando 125 agrega un dato complementario:

En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho inter-

² Sobre el tema, *cfr.*, entre otros, Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008, t. E p. 1169; Albanese Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitución del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 22 y ss., con mención de los antecedentes en el derecho comunitario europeo y mención del libro de Sudre, Frédéric, *A propos du “dialogue de juges” et du controle de conventionnalité*, París, Pedone, 2004, p. 207; Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, *passim*. El caso Almonacid Arellano puede consultarse por ejemplo en *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 02, 2007, pp. 217 y ss., y en García Ramírez, Sergio (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2009, t. IV pp. 619 y ss. El caso Trabajadores cesados del Congreso figura en el mismo tomo, pp. 689 y ss., y el caso La Cantuta, en García Ramírez, Sergio (coord.) *op. cit.*, t. V pp. 89 y ss.

no”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

La doctrina fue repetida, sin mayores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y *Boyce y otros vs. Barbados*, del 20 de noviembre de 2007, considerando 78. Pero en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, considerando 128, la Corte Interamericana formuló algunas especificaciones y adiciones. Allí dijo:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Más recientemente, por ejemplo en *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (considerando 63), del 9 de mayo de 2008, se volvió a ratificar esta doctrina.

Cabe detenerse en el análisis de los distintos subtemas que plantean estos pronunciamientos, que deben enlazarse entre sí para lograr una interpretación conjunta del “control de convencionalidad”. Desde ya cabe anticipar que el criterio de la Corte Interamericana no es siempre lineal o uniforme, y que quizá contiene algunas desprolijidades preocupantes.

Aun así, con esos defectos, la doctrina del “control de convencionalidad” se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región, en particular en cuanto una visión homogénea en materia de derechos humanos fundamentales, como lo anticipara Pablo Pérez Tremps.³

³ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 84.

II. DE “UNA ESPECIE DE CONTROL”, AL “CONTROL” LISO Y LLANO

Liminarmente cabe constatar que mientras en *Almonacid Arellano vs. Chile* la Corte habla de “una especie de control de convencionalidad”, en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* alude directamente al control de convencionalidad. En la última sentencia, en síntesis, el instituto de referencia es presentado, sin más, como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CONTROL

Las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: i) el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe; ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Aquí conviene recordar dos temas. El primero es que, para muchos, estas reglas significan una seria restricción a la soberanía de los Estados. Sobre el punto, cabe tener presente, sin embargo, que en la cuna misma de la doctrina de la soberanía (estamos hablando del siglo XVI), Jean Bodin, que la describe y enuncia en sus rasgos esenciales, advertía que la soberanía, aun entrevista como “poder absoluto y perpetuo” del Estado, de todos modos admitía como tope que el príncipe soberano estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un rey, que ser perjuro⁴

El segundo comentario es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite, en su artículo 47, al Estado —como excepción— alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado, y ello afectara a una norma fundamental de ese derecho interno.

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

IV. ¿QUIÉN DEBE PRACTICAR EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”?

Desde luego, la Corte Interamericana hace control de convencionalidad cuando en sus veredictos ella descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica. A eso se lo ha denominado “control de convencionalidad en sede internacional”, para diferenciarlo del que imperativamente asigna a los jueces domésticos en Almonacid Arellano, y los demás fallos posteriores que ya mencionamos, que aluden al “control de convencionalidad en sede nacional”.⁵ Es a este último al que nos dedicaremos de aquí en más.

Aparentemente, en Almonacid Arellano, y en las sentencias que lo siguen, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces domésticos del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento *a fortiori*, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extrapoder (cuando así ha sido diseñado por la Constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el “efecto útil” del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extrapoder.

El mensaje de Trabajadores cesados del Congreso parece indicar que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe, asimismo, practicar el control de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control.

El asunto puede no ofrecer problemas en una nación que posea un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo juez es competente para ejercitar tal revisión. Tampoco hay dificultades en Estados que practican un régimen “mixto”, dual o híbrido, en el que todos jueces comunes tratan temas constitucionales, en orden a inaplicar las normas opuestas a la Constitución en los procesos que deben resolver, pero también lo hacen organismos especializados (cortes o tribunales constitucionales específicos, salas constitucionales), en ciertos supuestos.

⁵ Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

Ahora bien, ¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial *no* habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, solamente a su Corte Suprema, o a una sala constitucional de la Corte Suprema? (control total o parcialmente concentrado: con ciertas variantes, casos de Uruguay, México o Costa Rica, por ejemplo).

Parte de la doctrina sienta la tesis del control de convencionalidad a realizar por los jueces nacionales como control *difuso*, o desconcentrado, vale decir, que resultaría obligatorio para *todos* ellos.⁶

Aunque la Corte Interamericana no resuelve explícitamente la incógnita, la misma sentencia de Trabajadores cesados del Congreso alude, para practicar el “control de convencionalidad”, a la satisfacción de los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, todo ello “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”. Cabría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.

Sin embargo, ocurre que en determinados países algunos jueces comunes no realizan control de constitucionalidad, y no siempre hay una escalera para remontar el caso al organismo que sí puede hacerlo. Ante ello, el problema debe resolverse de un modo razonable y en su caso creativo. Lo importante es, desde luego, que en tales hipótesis no se desemboque en una vía muerta y aceptar que no haya, en la esfera nacional, control de convencionalidad. Éste siempre tendrá que practicarse, so pena de desobedecer las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad (y por ende, en principio, el de convencionalidad), y no existen caminos procesales para remitir la litis a quien sí está autorizado a practicarlo, caben estas alternativas: i) como ruta más preferible, consumir una reforma,

⁶ *Ibidem*, p. 201. En el sentido que el control de convencionalidad operado en el ámbito nacional es difuso, véase García Ramírez, Sergio, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, 2009, p. 344.

constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; ii) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o iii) diseñar —pretorianamente también— un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad. Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del artículo 2o. de la misma.⁷ Y de ellas, personalmente nos parece preferible la última, que es la más respetuosa de la opción hecha por el constituyente doméstico para erigir un sistema de control de constitucionalidad.

V. ¿CÓMO Y CUÁNDO SE REALIZA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO NACIONAL?

La sentencia dictada en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* aclaró el fallo *Almonacid Arellano*, en el sentido que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también *de oficio*, esto es, por la propia iniciativa del juez. Al respecto, habla expresamente de un “deber” de practicar tal revisión.

Tal lineamiento es, naturalmente, de honda significancia. Si debe ser ejercitado de oficio, y si siempre corresponde asegurar el “efecto útil” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una consecuencia de ello es que el control podría practicarse hasta el momento mismo en que el juez debe resolver la litis donde debiera aplicarse la norma opuesta al pacto, a fin, precisamente, de inaplicarla.

La directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad,⁸ en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la constitución o por las autoridades

⁷ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 2o.: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuvieran ya garantizados 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 fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁸ En el sentido del control de convencionalidad como control directo por los jueces nacionales, véase García Ramírez, Sergio, *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 344.

domésticas, todo ello sin perjuicio de lo que ya hemos apuntado sobre la competencia para hacerlo. Más todavía: si una norma local, constitucional o subconstitucional, intentara impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizar control de constitucionalidad, esa regla concluiría necesariamente “inconvenional”, por oponerse, como veremos, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase, *infra*, parágrafo VIII).

Como observación adicional, corresponde destacar que a partir de la aplicación del control de convencionalidad por los jueces nacionales, se incrementa notoriamente su carga laboral, dado que tendrán que conocer en detalle la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y proyectarla en los fallos que emitan, a fin de realizar dicho control.

Un asunto importante es el del *momento* para practicar el control de convencionalidad. En Trabajadores cesados del Congreso, la Corte encauza dicha revisión según las reglas procesales pertinentes y las pautas vigentes en cada Estado sobre admisibilidad y procedencia. Hay, pues, una significativa derivación a la normatividad local, circunstancia que puede dar lugar a distintas respuestas jurídicas según el país y el tipo de proceso donde se practique. Lo importante es que no puede ejercitarse a tontas y a locas, sino dentro de un marco ya reglado, pero también, que *debe* hacerse.

Es factible que esto obligue algunas veces a los jueces locales a concebir creativamente soluciones nuevas, como alertamos cuando nos referimos al ente competente (*supra*, parágrafo IV). De cualquier manera, como el control tiene que consumarse incluso de oficio, el juez podría articularlo al resolver en definitiva una litis, aunque antes no se hubiera planteado.

VI. EL MATERIAL NORMATIVO CONTROLADO

En principio, las dos sentencias clave que citamos (Almonacid Arellano y Trabajadores cesados del Congreso), someten al control de convencionalidad a las *leyes* incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica. Pero también refieren a las *normas jurídicas internas*, o simplemente a las *normas internas*, que se encuentren en igual situación de confrontación.

Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etcétera), está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma*, y por ende, está captada por dicho control.

Incluso, está igualmente comprendida la constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de *todo* el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*. Por ello, como en el caso de La última tentación de Cristo, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al pacto, como efectivamente se hizo después.⁹ Volvemos sobre el asunto *infra*, en el parágrafo IX.

Desde luego, esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizá es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella.

Este nudo de la cuestión será, probablemente, el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad. Pero en definitiva, bueno es que alguna vez se plantee y resuelva nítidamente. A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que, axiológicamente, el bien común internacional (en este caso, el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional,¹⁰ y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimen-

⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001, pp. 764 y 767.

¹⁰ Desarrollamos esta idea en Sagiús, Néstor Pedro, *Integración y desintegración del concepto de soberanía*, tesis doctoral, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1966, pp. 214 y ss., inédita, adonde nos remitimos.

sión normativa del derecho a preferir al pacto sobre la Constitución. En todo caso, al Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrador en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución.

VII. EL MATERIAL NORMATIVO CONTROLANTE

El “control de convencionalidad”, como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sobre las reglas locales que se le oponen. La cuestión merece ciertas explicitaciones:

- a) Es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del pacto, sino también en la *interpretación* dada a esas reglas por la Corte Interamericana. Almonacid Arellano, además, no distingue entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas. En otras palabras, el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, más la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana.
- b) De hecho, esta tesis importa una *interpretación mutativa por adición* realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (artículo 67). El tribunal ha agregado *algo* al contenido inicial del pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado.¹¹ Así, un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos

¹¹ En relación con la interpretación constitucional mutativa, por adición, sustracción o mixta, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., Buenos Aires. Lexis-Nexis, 2006, pp. 42 y ss. Respecto al tema que nos preocupa, Hitters advierte, con razón, que ninguna cláusula del Pacto de San José confirió efectos vinculantes a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, más allá del caso concreto. *Cfr.* Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 1169.

Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente.¹² Paralelamente, la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque, como intérprete final del mismo, fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.

- c) En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia, doctrina creada en aquel país también sin un texto constitucional expreso que la haya sostenido.¹³ O si se prefiere, asume los roles de una corte de casación supranacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal

¹² Un problema paralelo que se presenta en esta cuestión, es cuando la Corte Interamericana ha definido algún artículo del Pacto de San José de Costa Rica, en un litigio concreto, admitiendo en esa interpretación el uso de la doctrina del *margen de apreciación nacional*, que como se sabe, distingue en todo derecho un núcleo “duro” o “fundamental”, no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etcétera, diferentes de nación en nación. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado en una causa una tesis recurriendo al “margen de apreciación nacional” de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por la Corte Interamericana, obliga a distinguir entre “interpretaciones en lo fundamental” o “esencialistas”, o “definicionales”, e “interpretaciones contingentes”, o *ad hoc*, de valor solamente (en principio) para el caso en donde fueron formuladas. Agradezco en este tema los aportes conceptuales de Rodolfo O. Vigo. Para la doctrina del margen de apreciación nacional en la interpretación constitucional, me remito a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 222 y ss.

¹³ Sobre el valor del precedente en Estados Unidos y en Argentina, véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2009, pp. 261 y ss.

saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro, la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que “leer” los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices, como puntualizamos, *infra*, en el párrafo X.

- d) Pero además, las sentencias que comentamos se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado “...un tratado *como* la Convención Americana” (la bastardilla es nuestra). La doctrina, pues, se aplicaría en relación con cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante.

Queda la incógnita de determinar si en verdad la Corte Interamericana ha querido concientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado, como se desprende de algún voto del tribunal.¹⁴ Es un punto que merece en el futuro una pronta y clara explicitación por parte de dicha Corte, ya que involucra temas tales como si todos los tratados de derechos humanos tienen para los países ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica rango supraconstitucional, y si es obligación, o no, de todos los jueces del área inaplicar, incluso de oficio, las reglas locales que los contradigan.

En principio, a la Corte Interamericana no le tocaría tutelar a otros tratados, fuera del Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado. Pese a ello, la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede referirse también a la interpretación de cualquier tratado internacional concierne a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (artículo 64 del pacto).

¹⁴ Así, el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, donde estima que la misma función de control de convencionalidad puede expandirse, aparte del Pacto de San José de Costa Rica, a instrumentos como el Protocolo de San Salvador, la Convención de Belem do Pará para la erradicación de la violencia hacia la mujer, Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, etcétera, en aras de lograr que haya conformidad entre los actos internos de un Estado, y los compromisos internacionales contraídos por él. Véase Salinas, Pablo G., “Cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH a la luz del caso *Penitenciarias de Mendoza*”, en Albanese, Susana (coord.), *op. cit.*, p. 236.

En definitiva, resulta obligado, por elementales razones de seguridad jurídica, que la Corte Interamericana disipe con urgencia la cuestión.

VIII. LOS EFECTOS DEL CONTROL

El objetivo del “control de convencionalidad” es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre Derechos humanos es o no “convencional”, esto es, acorde con tal Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Boyce y otros vs. Barbados*, considerando 78). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar “inconvencional”. Se trata, como se ha apuntado, de un análisis de confrontación normativa.¹⁵

Dicha “inconvencionalidad” (o, si se prefiere, “anticonvencionalidad”) importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por carecer “desde un inicio” de “efectos jurídicos” (doctrina de Almonacid Arellano). La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado.¹⁶ Y si éste no tiene, desde su inicio, vigor jurídico, equivaldría a reputarlo inexistente, *ex tunc*, con efectos retroactivos, para la solución del litigio donde es así enjuiciado.

Aparentemente, el “control de convencionalidad” es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos *inter partes*. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza.

¹⁵ Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶ En el sentido que los jueces nacionales deben abstenerse de aplicar las normas locales opuestas a la convención, con base en el control de convencionalidad, véanse recientemente los casos *Ramírez y Raxcacó*, del 9 de mayo de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando 63.

Por su parte, Frédéric Sudre estima que el resultado del control de convencionalidad, cuando descalifica a la norma opuesta a la Convención, significa “paralizar la aplicación de una ley aun cuando ella haya sido juzgada conforme a la Constitución...”. Cfr. Sudré, Frédéric., *Droit européen et international des droits de l’homme*, 7a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 198 y ss., *cit.* por Albanese Susana, *op. cit.*, p. 23. La referida “paralización” equivale jurídicamente, nos parece, a una “inaplicación”, concepto éste más preciso en derecho. En cuanto que el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana de derechos humanos, ver también Lucchetti, Alberto J., “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”, en Albanese, Susana (coord.), *op. cit.*, p. 144.

Una duda emerge si el órgano que realiza el control de convencionalidad posee, según el derecho constitucional del país del caso, y en materia de control de constitucionalidad, competencia para abolir o derogar a la norma inconstitucional. ¿Podría en tal caso nulificar o derogar *erga omnes* a, por ejemplo, una ley “inconvencional”?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha aclarado este subtema. Formalmente, a ella le basta con que, en el caso puntual, no se efectivice la norma local opuesta a la Convención Americana sobre derechos humanos, reputada “inconvencional” por los jueces domésticos. Sin embargo, si el órgano control de constitucionalidad, por semejanza a sus funciones en la materia, tiene en el país del caso autoridad para derogar a la regla inconstitucional, desde luego que el sistema interamericano no se ofendería si también elimina, por analogía y con resultados *erga omnes*, a la norma “inconvencional”.

IX. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En una primera aproximación se puede afirmar que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la Constitución nacional; el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica.

Tienen en común manejar —en el fondo— un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su constitución para incumplir al pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la constitución. En efecto: la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudre,¹⁷ “paralizada” (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto).

¹⁷ Cfr. Sudre, Frédéric., *op. cit.*, pp. 198 y ss.

Si se desea ampliar el tema, desde otra perspectiva, puede constatarse que el pacto puede lesionar jurídicamente a la constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (téngase presente, una vez más, el caso La última tentación de Cristo).¹⁸ Por el contrario, según el control de convencionalidad, la Constitución no puede válidamente lesionar al pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas.

Por todo ello, también en principio, una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable. No es suficiente, entonces, con que una regla local sea constitucional. También debe ser “convencional”.

Esto, como regla. Sin embargo, pueden darse situaciones especiales. Supóngase que una ley viole la Constitución nacional, pero coincida con el Pacto de San José. Tómese, siempre como conjetura, el caso del derecho de réplica, rectificación o respuesta, expresamente enunciado en el pacto (artículo 14), pero hipotéticamente negado por una Constitución.¹⁹ Si se dictara allí una ley reglamentaria del mismo, ella resultaría inconstitucional, pero en cambio, sería “convencional”. Como aquella cláusula constitucional negatoria de un derecho de fuente convencional padecería de “inconventionalidad”, la ley reglamentaria del derecho, en el caso presunto que comentamos, concluiría válida, por la superioridad del pacto sobre la Constitución, conforme la doctrina del “control de convencionalidad”.²⁰

¹⁸ García Ramírez, Sergio (coord.) *op. cit.*, p. 764.

¹⁹ En Argentina, algunas Constituciones provinciales han prohibido el ejercicio del derecho de réplica. Véase Sagiús, Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 149.

²⁰ Esta situación no debe llamar a asombro, ya que registra antecedentes en materia de control de constitucionalidad. Por ejemplo: si una ley negara arbitrariamente un derecho a determinados sujetos, vulnerando el principio de igualdad (por ejemplo, al denegar el beneficio de las jubilaciones a los ciudadanos provenientes de determinado Estado), resultaría inconstitucional; mientras que el decreto reglamentario de la referida e hipotética ley, que otorgara en cambio la jubilación a todos, omitiendo la cláusula legal restrictiva, pese a violar la gradación jerárquica ley-decreto, resultaría de todos modos constitucional, y correspondería aplicarlo, por hacer prevalecer el principio constitucional de igualdad frente a la ley que lo infringía.

De esto podría desprenderse la siguiente consecuencia: la norma nacional subconstitucional que efectivice un derecho emergente del pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional local que impida la vigencia del derecho emergente del pacto.

En síntesis, el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad”, se quiera o no llamar así.

X. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, “CONFORME” A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Hasta ahora el control de convencionalidad parece operar como una suerte de rayo exterminador de normas locales. Esto vendría a ser la “faceta destructiva” de ese control. Pero existe otra, de tipo “constructivo” o positivo.

Si se acepta la premisa señalada en el último párrafo, no solamente habría que reputar inválidas (por “inconvenionales”) las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino que también las reglas locales deberían, en todo lo posible, interpretarse “de acuerdo”, o “de conformidad” a dicho Pacto. Ello es así por analogía con la doctrina de la interpretación de las normas subconstitucionales, “conforme” a la Constitución.²¹ También deberían, en todo lo posible, ser interpretadas las normas domésticas en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consecuentemente, si una cláusula de una Constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *A contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mediante el uso de la interpretación “conforme”, el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por “inconvenionalidad”, de

²¹ Cfr. Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley*, Lima, Pa-lestra, 2003, *passim*; Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 282.

normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles “conformes” con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte. Así lo ha postulado en “Radilla Pacheco” (23 de noviembre de 2009).

Abonan también este criterio las sensatas observaciones de Humberto Nogueira Alcalá, en el sentido que conforme al principio de buena fe, cabe presumir (como regla) que el legislador local no ha querido contradecir al Pacto de San José de Costa Rica, y que “la legislación interna debe considerarse conforme al derecho convencional, salvo cuando exista una incompatibilidad directa e insuperable entre ambos”.²²

XI. EL FUTURO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una fuerte apuesta al formular, en términos bastante duros, la doctrina del control de convencionalidad. Habrá que ver ahora si se consolida como derecho consuetudinario.

Cabe vaticinar que no será fácil la aceptación incondicional de esa tesis, por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales. Por ejemplo, sostener la invalidez de las reglas constitucionales domésticas opuestas al pacto, con más el deber de inaplicarlas *ex officio* en el perímetro nacional por los propios jueces locales, provocará quizá cortos circuitos de no rápido arreglo.

Siguiendo a Konrad Hesse,²³ cuando discurre sobre la fuerza normativa de la Constitución, podría sostenerse que el éxito de la doctrina del control de convencionalidad dependerá de dos factores:

- a) Por un lado, de la efectivización sensata, prudente y legítima que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos de tal doctrina. Antes de pronunciar la “inconventionalidad” de, por ejemplo,

²² Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad Católica, 2007, núm. 02, p. 177, con un excelente desarrollo de esta sentencia.

²³ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. por Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 68 y ss.

una regla constitucional nacional, la Corte de referencia deberá también agotar todos los recursos útiles para interpretarla conforme con la Convención americana de derechos humanos, partiendo de lo que podríamos llamar una “presunción de convencionalidad” (*juris tantum*, desde luego), del derecho doméstico, conforme las ya apuntadas ideas explicitadas al final del párrafo anterior. Y en caso de duda, conforme a tal presunción, habrá que optar por la validez, y no por la invalidez, del derecho nacional.

Otro indicador de la subsistencia o crisis de la doctrina es tributario del *contenido intrínseco* de las sentencias de la Corte Interamericana. Si las interpretaciones que ella haga del Pacto de San José resultan acertadas y cuentan con una convincente dosis de legitimidad, el peso axiológico de tales exégesis provocará aceptación y consenso. En cambio, si dichas interpretaciones suscitan disconformidad y cuestionamientos, ya por sus defectos jurídicos, ya por una eventual manipulación ideológica del derecho de los derechos humanos, ya por ignorar las posibilidades y límites de la realidad, los parámetros que así establezca la Corte Interamericana debilitarán el control de convencionalidad que ella procura exigir. Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional.²⁴ Tal contemplación, que evita autismos normativos o “internacionalismos salvajes” (como alguna vez se los denominó), afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica.

- b) El buen suceso de la doctrina del control de convencionalidad está condicionado, igualmente, por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos. En el caso de Argentina, la Corte Suprema de Justicia prestó una adhesión explícita a aquella doctrina, en “Mazzeo”.²⁵ Pero habrá que examinar con detenimiento cuál es la actitud de las demás cortes, salas y tribunales constitucionales del subcontinente.

²⁴ Sobre la doctrina del “margen de apreciación nacional” nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., pp. 222 y ss.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2007, t. III p. 573, considerando 21.

XII. RECAPITULACIÓN. CONCLUSIONES

La doctrina del “control de convencionalidad”, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana.

Se trata de una innovación muy significativa, quizá copernicana, que:

- a) Provoca una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica.
- b) Recorta el margen de acción de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación del pacto y de las Constituciones locales.
- c) Parte del supuesto de la primacía del pacto sobre las Constituciones domésticas, cuestión muy polémica pero que es positivo que se defina de una vez.
- d) Posee una vertiente “destructiva” o “saneadora” (no aplicar las reglas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la interpretación de la Corte Interamericana), y otra “constructiva”, tan importante como la primera (interpretar las normas domésticas en consonancia con el pacto y con la Corte Interamericana).
- e) No explicita claramente su aplicación con la vigencia de la doctrina del margen de apreciación nacional.
- e) Tampoco delimita con cuidado si es obligatoria respecto de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, y si todos ellos tienen primacía sobre las constituciones locales.
- f) No ha explicado con nitidez qué ocurre con los jueces nacionales que no pueden ejercer control de constitucionalidad, en el sentido de si también deberían, o no, practicar el de convencionalidad.

Para afirmarla en el futuro, y lograr que se fragüe como derecho consuetudinario, bueno es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encuadre con mayor corrección y que cuide la calidad y prudencia de sus veredictos. Solamente en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales.

XIII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PRACTICADO POR LA PROPIA CORTE INTERAMERICANA

Hasta el momento se ha discurrecido acerca del “control de convencionalidad” como un deber de los jueces nacionales, según las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero ella también lo practica materialmente, cuando reputa incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica a ciertas cláusulas constitucionales (recuérdese, por ejemplo, el caso La última tentación de Cristo),²⁶ o leyes nacionales opuestas al pacto.

Últimamente se ha advertido, con agudeza, que en ciertos veredictos (La Cantuta vs. Perú, por ejemplo), la Corte Interamericana habría incluso nulificado normas nacionales, como leyes de amnistía, con efectos *erga omnes*, comportándose así como un verdadero tribunal constitucional nacional.²⁷ Aunque profundizaremos esta temática en otro estudio, cabe anticipar que una competencia derogatoria de reglas domésticas no está contemplada por el Pacto de San José de Costa Rica, e importaría, de consolidarse en el futuro, otra interpretación mutativa por adición del Pacto, por cierto que muy cuestionable. Una cosa es que la Corte Interamericana reputé jurídicamente inválidos a esos preceptos, y resuelva inaplicarlos por infringir el pacto, y otra, que esté habilitada para abolirlos. Felizmente, la sentencia pronunciada en el caso que citamos solamente parece inclinarse a sostener que, en general, los poderes públicos del Perú no deben aplicar las normas de amnistía incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica.

²⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *op. cit.*, p. 764.

²⁷ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 1169.