

# EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SUS ANTICIPOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES. CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA EUROPEO\*

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS\*\*

Sumario: 1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Notas esenciales de su “control de convencionalidad”; 1.1. Niveles. 1.2. Orígenes. 1.3. Fundamento jurídico. 1.4. Efectos. 1.5. Sujetos habilitados para ejercer el control de convencionalidad. Su condición jurídica. 1.6. Instrumentación del control. 1.7. Presente y futuro. La construcción de un “*ius commune*”. 1.8. La superficie del control de convencionalidad interamericano. Los derechos económicos y sociales. 2. El sistema europeo; 2.1. El control de convencionalidad practicado “desde arriba”. 2.2. El control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales. Situaciones particulares; a) Francia. b) España. c) Alemania. d) Italia. 3. Evaluación comparativa.

## 1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. NOTAS ESENCIALES DE SU “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD”

### 1.1. NIVELES

Una síntesis del régimen de “control de convencionalidad” gestado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos distingue en el mismo dos niveles diferentes<sup>1</sup>.

\* Publicado originalmente en ARMIN VON BOGDANDY, HÉCTOR FÉLIX FIERRO, MARIELA MORALES ANTONIAZZI y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2011, pp. 381-417.

El presente trabajo se desarrolló en el Max Planck Institut de Heidelberg, Alemania, merced al aporte de la DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst Auszahlungsanordnung*). El autor agradece especialmente el apoyo institucional del Profesor Dr. ARMIN VON BOGDANDY y las contribuciones de MARIELA MORALES ANTONIAZZI, del magistrado del Tribunal Constitucional Federal, profesor Dr. RUDOLF MELLINGHOFF, y de los profesores MATTHIAS HERDEGER, MATTHIAS HARTWIG y CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE. Este estudio se agrega al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

\*\* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

<sup>1</sup> Nos remitimos con más detalle y bibliografía, a nuestros anteriores trabajos, NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. “Obli-

- a) Desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se lo llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del Derecho Local opuestas al *Pacto de San José de Costa Rica*, o *Convención Americana sobre los Derechos del Hombre*. En el caso *La última tentación de Cristo*, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la *Constitución de Chile* en materia de censura televisiva, y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. En *Boyce c. Barbados*, la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la constitución de 1996, aunque vulnerasen Derechos Fundamentales<sup>2</sup>. A esta variable se la llama, según los autores, control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”.
- b) A partir de 2006, en *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al *Pacto de San José de Costa Rica*, y a su propia jurisprudencia. Tal es el segundo nivel del control de convencionalidad, y al que nos referiremos de aquí en adelante. Usualmente se la denomina control “nacional” de convencionalidad, o “desde abajo”. Otros prefieren denominarlo “externo” (respecto del Estado Local).

## 1.2. ORÍGENES

El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del *Pacto de San José de Costa Rica* los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, v. gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *Tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)<sup>3</sup>. Pero es formulado por el cuerpo en pleno, y de modo explícito, recién en *Almonacid Arellano*, el 26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125. Sus rasgos esenciales son completados básicamente por dos sentencias más, *Trabajadores cesados del Congreso* (24 de noviembre de 2006, considerando 128), y *Radilla Pacheco*,

gaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Estudios constitucionales*, año 8 No. 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2010, p. 117 y ss; NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”. *La Ley*. Buenos Aires, 11/8/2010, pp. 1-3.

<sup>2</sup> Ver MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO. *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Parágrafo E. Versión policopiada.

<sup>3</sup> Cfr. Sobre estos antecedentes cfr. JUAN CARLOS HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En *Estudios Constitucionales*, año 7 No. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2009, pp. 110-113. En estos votos singulares del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ se vislumbraba al control de convencionalidad como una tarea a realizar por la Corte Interamericana, para disciplinar actos y prácticas estatales de conformidad con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

del 23 de noviembre de 2009, considerandos 338 a 340. *Almonacid Arellano* sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales, definiendo su papel *represivo* (inaplicación de las normas locales opuestas a la *Convención americana sobre los Derechos del Hombre* y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana). *Trabajadores cesados del Congreso* define que ese control debe realizarse aun de oficio, sin pedido de parte. *Radilla Pacheco* añade el papel *constructivo y armonizante* del control: vale decir, la interpretación y aplicación del Derecho Local según las referidas Convención y jurisprudencia.

El control de convencionalidad “nacional”, o “de abajo”, es además reafirmado por la Corte Interamericana en una familia de casos: *La Cantuta* (29 de noviembre de 2006, considerando 173), *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78), *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (9 de mayo de 2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1), *Manuel Cepeda Vargas* (26 de mayo de 2010, considerando 208 y nota 307), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (24 de agosto de 2010, considerando 311), *Fernández Ortega* (30 de agosto de 2010, considerando 237), *Rosendo Cantú* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220), *Ibsen Cárdenas y otro* (1º de septiembre de 2010, considerando 202), *Velez Loor* (23 de noviembre de 2010, considerando 287), *Gomes Lund* (24 de noviembre de 2010, considerando 176), y *Cabrera Garcia-Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010, considerando 225. Es muy importante en este caso, asimismo, el voto concurrente y razonado del juez *ad hoc* EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, ya que incluye un pormenorizado estudio de la doctrina y jurisprudencia del control de convencionalidad).

Esta multiplicidad de sentencias permite detectar ya la existencia de un Derecho Procesal Transnacional Consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano.

El lector se extrañará de no encontrar mencionados, en los pronunciamientos de la Corte Interamericana en pleno, los antecedentes europeos en la materia. Esto conduciría a pensar que la Corte ha diseñado un producto jurídico enteramente nuevo, lo que no es del todo así.

## 1.3. FUNDAMENTO JURÍDICO

Este control es una creación jurisprudencial, producto por ende de un activismo tribunalicio. La Corte Interamericana lo funda básicamente en dos, o si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres argumentos: (i) *el principio de la buena fe* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el *Pacto de San José* y a obedecer las sentencias de la Corte), combinado con (ii) *el principio del efecto útil de los convenios*, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y (iii), *el principio internacionalista* que impide

alegar el Derecho Interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

En rigor de verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho doméstico opuesto al Pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo. Los Estados, según el Pacto, solamente se comprometieron a cumplir las sentencias que dictase la Corte en procesos en los que fueron parte (art. 69)<sup>4</sup>. Se trata, entendemos, de una interpretación mutativa por adición<sup>5</sup> que ha hecho la Corte del Pacto, explicable para fortalecer el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, incluyendo a la autoridad de la propia Corte.

Se debe subrayar que la doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad “desde abajo” es decidida e *impuesta* por la Corte Interamericana, y *de modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios que deban trasplantarla al ámbito de cada una de las naciones adheridas al *Pacto de San José de Costa Rica*, hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano *supranacional*<sup>6</sup>.

#### 1.4. EFECTOS

El control de convencionalidad puede tener dos resultados.

a) El primero, es *represivo*, o destructivo. Cuando la norma doméstica opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es *inconvenional* o *anticonvenional*, tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. Como señaló aquella Corte en *Almonacid Arellano* (considerando 123), si un Estado mantiene normas internas opuestas a la *Convención Americana sobre los Derechos del Hombre*, el Poder Judicial local “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Pero también desde *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana se torna más severa en cuanto a la norma local cuestionada, ya que añade que ella carece, “desde su inicio”, “de efectos jurídicos”. Esto parece rozar la inexistencia del precepto en cuestión.

<sup>4</sup> En el sentido de que no hay ninguna regla de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), que obligue a los jueces nacionales a inaplicar las reglas de sus países si resultan violatorias de la convención, y menos, a entenderlas tácitamente derogadas, ver XIMENA FUENTES TORRILLO, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes\\_spanish\\_pdf\\_23/09/10](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes_spanish_pdf_23/09/10).

<sup>5</sup> En la interpretación mutativa por adición, el texto normativo (en el caso, el *Pacto de San José de Costa Rica*) permanece inalterado, pero su contenido se amplía por voluntad del intérprete-operador (en el caso, se le suma la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el Derecho Interno opuesto al Pacto, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Pacto, y a interpretar el Derecho Interno conforme al Pacto y a esa jurisprudencia). Ver sobre la interpretación constitucional mutativa NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la constitución*. 2ª. ed. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 42 y ss.

<sup>6</sup> Ver sobre el tema ARMIN VON BOGDANDY, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho Constitucional internacional e interno”. En CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010, p. 415.

b) Después del caso *Rosendo Radilla Pacheco* (considerandos 338 a 340, ratificado por ejemplo en *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, considerando 311, y en *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 233), la Corte Interamericana dibuja otra función del control de convencionalidad, con un efecto *positivo* o *constructivo*. En esta etapa, los jueces deben aplicar y hacer funcionar el Derecho Local de acuerdo con las reglas del *Pacto de San José de Costa Rica*, y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto justifica relecturas adaptativas del Derecho Nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, “conforme”, con el Pacto y tal jurisprudencia. Obliga también a distinguir entre interpretaciones “convencionales” e interpretaciones “inconvenionales” del Derecho Doméstico (las primeras, acordes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Las segundas, opuestas uno de ellos, o a ambos). El operador-juez tendrá que buscar y emplear solamente a las primeras. En concreto, debe consumir un exhaustivo *reciclaje* del material normativo local, aunque bien puede partir de la presunción de que éste no se opone, y que en principio es adaptable, al Pacto y a aquella jurisprudencia.

En rigor de verdad, el juez local tendría que comenzar su análisis de la norma nacional a partir del *Pacto de San José* y de la aludida jurisprudencia, antes que iniciar el entendimiento de ella con los insumos jurídicos nacionales (v. gr., antecedentes y propósitos de la cláusula bajo examen). Eso se explica por el realmente muy importante proceso de adaptación y de conformación de la regla interna con los parámetros externos ya señalados, que deben iluminar y guiar la comprensión y la efectivización de las normas locales.

Por último: conforme lo indicado, pareciera que el juez nacional, ya como órgano represivo, ya como órgano constructivo, en cualquiera de estas dos facetas actúa fundamentalmente como *aplicador* de directrices previamente enunciadas o por el *Pacto de San José*, o por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es cierto que, con frecuencia, así ocurrirá.

Sin embargo, es obligado alertar que en otras situaciones el juez nacional, operador del *principio de convencionalidad*, tendrá un alto margen de creatividad cuando tenga que interpretar el Derecho Doméstico según las reglas del *Pacto de San José*, y no exista jurisprudencia (en el punto sometido a su revisión), de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Allí, naturalmente, tendrá un vasto campo de acción, porque le tocará desplegar al Pacto sin el corsé interpretativo (en el caso, no diseñado) por la Corte Interamericana. Desde luego, eso no significa que pueda interpretar al Pacto como quiera, al estilo de una “interpretación libre”, porque aparte del texto del mismo, la interpretación histórico-autoral y la finalista lo estarán acompañando; pero hay que reconocer que en tal hipótesis cuenta con mayor autonomía.

En esos supuestos, cuando los jueces nacionales, como intérpretes-operadores del Pacto, lo interpretan sin que existan precedentes en el punto de la Corte Interamericana, nutren de contenido normativo a las reglas del Pacto. Por supuesto, sus sentencias no obligan a la Corte Interamericana; pero su trabajo puede ser muy provechoso para inspirar futuras decisiones de ésta, o que se acepten soluciones y recetas interpretativas expuestas por un tribunal nacional, admitidas por otros. En Europa, la expresión *diálogo entre jueces* (en el caso interamericano, traspolamos, entre la Corte Interamericana y los jueces locales) alude, en sentido alegórico, al escenario que describimos (ver *infra*, párrafo 10-a). El flujo jurisprudencial va desde arriba hacia abajo, desde abajo hacia arriba y horizontalmente, de un juez o tribunal nacional hacia los demás órganos tribunales, de ese país y de los demás.

#### 1.5. SUJETOS HABILITADOS PARA REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU CONDICIÓN JURÍDICA

Se discute quiénes están autorizados para practicar el control "represivo" de convencionalidad: si *todos* los jueces (control difuso) o solamente *algunos* (los habilitados para concretar el control de constitucionalidad). Hay ciertos países, en efecto, donde el común de los jueces no está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las normas, competencia reservada para sus Tribunales o Salas Constitucionales, o Corte Suprema de Justicia.

La duda nace porque en algunas sentencias, como en *Trabajadores cesados del Congreso*, la Corte Interamericana, al describir el control de convencionalidad, explica que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes". Acto seguido aclara que el control debe verificarse teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones (considerando 128). Estas frases puede entenderse, en una primera aproximación, como que reserva el aludido *test* de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes<sup>7</sup>. Si así fuera, el juez no autorizado para invalidar a normas inconstitucionales (como ocurre con el juez ordinario en Uruguay, Panamá, Costa Rica, Chile, y en buena medida en México, v. gr.),

<sup>7</sup> Nos hemos pronunciado de tal manera en NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales". En *La Ley*. Buenos Aires, 2009-B p. 761. En sentido similar parece inclinarse HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, cuando señala que los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional deben desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos a decidir. Ver HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales". En *Estudios constitucionales*, año 5 No. 1. Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2007, p. 87.

tendría que remitir el expediente donde apareciera una cuestión de convencionalidad, al órgano jurisdiccional habilitado para concretar lo primero. Lo que resultaría jurídicamente absurdo, eso sí, es que nadie practicara, en el ámbito nacional, dicha faceta del control de convencionalidad.

Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad "constructivo" o "positivo", todo juez está autorizado (y obligado, añadimos), para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconvencional a ninguna norma, es decir, no va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del Derecho Interno según el *Pacto de San José* y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que está suponiendo que la norma nacional del caso puede ser compatible con estos parámetros, y que se la adapta a ellos. Esta tesis, que habíamos anticipado, es básicamente compartida por el juez *ad hoc* EDUARDO FERRER MAC-GREGOR en su ilustrado voto concurrente y razonado, en *Cabrera García-Montiel Flores*<sup>8</sup>. El asunto es algo similar al caso del juez común de algunos de los países citados en el párrafo anterior, que aunque no se encuentre habilitado para declarar inconstitucional, v. gr., a una regla del Código Civil, de todos modos tiene, con el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme, y no contra, a la Constitución Local. Y solamente en el supuesto de que esa misión sea definitivamente infructuosa, podrá derivar el problema al ente constitucionalmente programado para declararla inconstitucional.

Además de lo dicho, son numerosos los autores, que se perfilan quizá como mayoría, que entienden que el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana es en definitiva difuso o desconcentrado, aun en su dimensión represiva o destructiva<sup>9</sup>, aparte de la constructiva o positiva. Una nueva lectura del considerando 128 de *Trabajadores cesados del Congreso*, por un lado, muestra que aparte de los defectos de imprecisión

<sup>8</sup> Por nuestra parte, habíamos sostenido (ver NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. *Dificultades operativas del control de convencionalidad... op. cit.*, en nota 2, p. 1), que todos los jueces deben ejercer el control constructivo o positivo de convencionalidad, pero no todos el represivo o destructivo, limitado éste a los que pueden realizar el control de constitucionalidad. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, en su voto concurrente y razonado en *Cabrera García-Montiel Flores*, apunta que en sentido severo o intenso, apto para invalidar normas nacionales, el control de convencionalidad lo verifican los jueces habilitados para ejecutar el control de constitucionalidad; pero en el sentido más suave (de interpretación y funcionamiento del Derecho Local "conforme" al *Pacto de San José* y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana), lo hacen todos, siendo, en este rol, difuso.

<sup>9</sup> En el sentido que el control de convencionalidad es de tipo desconcentrado o difuso, ver por ejemplo JUAN CARLOS HITTERS, *op. cit.*, nota 4, pág. 124 (el autor entiende que también deben realizarlo los poderes Ejecutivo y Legislativo). MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO, *op. cit.*, nota 3, párrafo 2, VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. "O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis". En *Revista dos Tribunais*. San Pablo, 2009, pp. 42, 73 (en ciertos casos, apunta, el control de convencionalidad en abstracto concluye concentrado en el derecho brasileño), ERNESTO REY CANTOR. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Porrúa. México, 2008, p. 201, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*. Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana. México, 2009, p. 344; GUMESINDO GARCÍA MORELOS. *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*. Ubijus. México, 2010, p. 41.

sión que contiene, no hay allí, necesariamente, una exclusión del juez local no habilitado para realizar control de constitucionalidad, para que se abstenga también de realizar el de convencionalidad. Paralelamente, la mirada al Derecho Comparado (ver *infra*, párrafo 10), en particular sobre el caso *Simmenthal*, decidido entonces por el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, aconsejaría por analogía esta solución.

En todo caso, el juez local que realice la función represiva y la constructiva que le impone el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana, está en verdad actuando como agente u operador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contemplado por el *Pacto de San José de Costa Rica*, antes que ejerciendo competencias domésticas como juez nacional. En palabras de EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, aquí el juez nacional, guardián de la convencionalidad, se debe comportar como *juez interamericano*<sup>10</sup>. De ahí que una ley o una jurisprudencia interna que –hipotéticamente– le impidiese esa labor, resultaría, obviamente, inconvencional (y por ende, inválida), ya que iría contra la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se erige como intérprete final del Pacto.

Como observación final, el lector advertirá que en los más recientes casos resueltos en 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alude genéricamente a los jueces nacionales como sujetos compelidos a realizar el control de convencionalidad (por ejemplo, en *Rosendo Cantú*, considerandos 219 y 220, y en *Fernández Ortega*, considerando 237, refiere a “todos sus órganos –del Estado–, incluidos sus jueces”, en VELEZ LOOR a “los órganos de cualquiera de los Poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales” y en *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 225, a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”), aunque siempre deje a salvo que ello es dentro del marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

De estos últimos veredictos se desprende una directriz ampliatoria: incluir, entre los sujetos obligados a practicar el control de convencionalidad, a todos los organismos oficiales. Algunas veces ello es dicho en abstracto; en otras, con referencia específica a los conectados con la Administración de Justicia.

## 1.6. INSTRUMENTACIÓN DEL CONTROL

En el mismo considerando 128 de *Trabajadores cesados del Congreso* la Corte Interamericana formuló una importante definición: el control de convencionalidad realizado por los jueces nacionales, debe verificarse a pedido de parte, pero también *de oficio*, circunstancia que importa una significativa carga para tales magistrados. Los jueces

<sup>10</sup> EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. En HÉCTOR FIZ ZAMUDIO y DIEGO VALADÉS (Coord.). *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*. El Colegio Nacional-UNAM. México DF, 2010, p. 186; *op. cit.*, nota 7, pp. 177 y 186.

nacionales, por ende, no pueden ignorar al Pacto, cosa por cierto obvia. Pero tampoco pueden desconocer, ni ir en contra de, la jurisprudencia de aquella Corte.

El control se realiza mediante un trabajo de comparación normativa. Hay una “norma de referencia” (o *controlante*), que es el *Pacto de San José de Costa Rica*, o *Convención Americana sobre los Derechos del Hombre*, con más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto, vertida (dado que el Tribunal no hace diferenciaciones), en sentencias contenciosas definitivas o de reparaciones, resoluciones interpretativas de sus fallos, medidas provisionales u opiniones consultivas. Subrayamos que toda esa doctrina judicial de la Corte adquiere entonces, por su propia voluntad, *rango normativo equiparable al mismo Pacto*. Y hay normas *controladas*, conformadas por todo el derecho de cada país, formal o consuetudinario, incluyendo la Constitución. En *Almonacid Arellano* la Corte Interamericana señaló que el control de convencionalidad se practicaba sobre las “leyes contrarias a su objeto y fines”, pero en *Trabajadores cesados del Congreso*, siempre en el mentado considerando 128, mencionó como material controlado a las “normas jurídicas internas”, sin diferenciar a las subconstitucionales o a las constitucionales.

El control de convencionalidad está suponiendo que el material controlante es jurídicamente superior al controlado. Solamente así se explica que el primero pueda provocar la inaplicación, si es inconvencional, del segundo. Con acierto, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR habla, al respecto, de un principio de “supremacía convencional”<sup>11</sup>.

Esta tesis puede ser difícil de digerir en países donde su Constitución está por encima del Pacto, por más que éste se encuentre sobre las leyes, e incluso en naciones donde el Pacto y la Constitución tienen la misma cotización jurídica (v. gr., Argentina, puesto que su art. 75 inc. 22 indica que el Pacto tiene jerarquía constitucional). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque no lo diga expresamente, *el Pacto vale jurídicamente más que la Constitución*. Pero pocas constituciones se embarcan en tal línea, e incluso en varias de ellas tal tesis se encuentra seriamente disminuida por una jurisprudencia correctora, y de vez en cuando, desnaturalizadora<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, nota 10, p. 185. Cabe formular, desde luego, una excepción: si el Derecho Doméstico es más protector que el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en cuyo caso prevalece, de acuerdo al principio *pro homine*, retratado por el art. 29-b del *Pacto de San José de Costa Rica*.

<sup>12</sup> Por ejemplo, las Constituciones de Guatemala (art. 46), Bolivia (art. 256-1), Ecuador (art. 424) y la de Venezuela. Esta última dispone en su art. 23 que los Tratados, Pactos o Convenciones relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por ese país, “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y leyes de la República”. Ver, sin embargo, lo detallado *infra*, párrafo 7 y nota 20. En Guatemala, donde los Tratados sobre Derechos Humanos tienen, a tenor del art. 46 de la Constitución, categoría en verdad supraconstitucional, como bien la llama PABLO A. BONILLA (puesto que prevalecen sobre toda regla de Derecho Interno), también ha existido una jurisprudencia reductora de la Corte de Constitucionalidad, según la cual esos tratados tienen un rango constitucional siempre que no entren en

Como observación complementaria, debe recordarse que en *Almonacid Arellano*, e igualmente en otros veredictos que lo siguen, la Corte Interamericana alertó que el control de convencionalidad se refería, por ejemplo, a la *Convención Americana sobre los Derechos del Hombre*, pero mencionó igualmente a que ello podía ocurrir con otros Tratados Internacionales. Siguiendo este discurso, es factible pensar, entonces, también en un control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, respecto del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, o el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

En una sugestiva apertura, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (ver su voto concurrente y razonado en *Cabrera García-Montiel Flores*), habla incluso de un *bloque de convencionalidad* compuesto por el *Pacto de San José*, pero asimismo por los *protocolos de San Salvador de Bahía*, el de *Abolición de pena de muerte*, la *Convención de Belem do Pará* y la de *desaparición forzada de personas*, que configuran un *corpus iuris interamericano*. La idea empalma, es verdad, con los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque cabe reconocer que, en el orden de las realidades, su instrumentación depende, primero, de que se consolide la aplicación del control de convencionalidad, represivo y constructivo, con relación al *Pacto de San José de Costa Rica* y la jurisprudencia de dicha Corte.

### 1.7. PRESENTE Y FUTURO. LA CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS COMMUNE*

Las variables del éxito o del fracaso del sistema interamericano de control de convencionalidad van a depender de dos factores: (i) el contenido de los pronunciamientos de la Corte Interamericana (a mayor acierto, es decir, a mayor legitimidad, prudencia y sensatez de sus veredictos) mayor posible seguimiento de su doctrina, y (ii) la voluntad de cumplimiento de los operadores nacionales judiciales, respecto de las directrices de la Corte.

En opinión de esta última (caso *Cabrera García-Montiel Flores*, considerando 225), el control de convencionalidad ha sido aceptado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, por el anterior Tribunal Constitucional de Bolivia, por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, por el Tribunal Constitucional del Perú, por la Corte Suprema de Justicia de Argentina y por la Corte Constitucional de Colombia. Varios de estos pronunciamientos, sin embargo, son anteriores a *Almonacid Arellano*, que es cuando la Corte Interamericana enuncia el control de convencionalidad como tarea obligatoria para los jueces nacionales.

colisión frontal con la Constitución (*sentencia dictada en expediente 280-90*. Gaceta N° 18). Ver PABLO A. BONILLA. "El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVI. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo, 2010, p. 56. nota 32.

Hasta el momento, nos parece, se registran cinco actitudes principales con referencia a la doble función del control de convencionalidad, la *represiva* y la *constructiva* (v. *supra*, parágrafo 4)<sup>13</sup>:

- a) *Aceptación expresa*. Es el caso de Argentina, cuya Corte Suprema, y con citas entrecuilladas, en los casos *Mazzeo* y *Videla y Massera*, ha consentido explícitamente la tesis fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, detallada, v. gr., en los casos *Almonacid Arellano* y *Trabajadores cesados del Congreso*<sup>14</sup>. Tal doctrina se ha empleado para inaplicar normas nacionales, algunas de ellas muy importantes y con gran repercusión pública, opuestas al *Pacto de San José de Costa Rica*, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, e incluso para modelar la vigencia de normas constitucionales. Los jueces inferiores, a su turno, manejan también los instrumentos internacionales de Derechos Humanos para la interpretación constructiva o positiva del Derecho Interno, conforme a ellos. También en su versión de control destructivo o represivo de leyes y normas inferiores, para lo cual cabe recordar que en el país el *Pacto de San José de Costa Rica* tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución).
- b) *Aceptación tácita calificada*. Según jurisprudencia anterior de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen rango *cuasi supraconstitucional*. Ello haría operar, sin problemas, el control de convencionalidad. Los jueces inferiores generalmente no practican tal control, aunque elevan el caso, vía consulta de constitucionalidad, a la Sala Constitucional. Hay quienes ven en ello un beneficio, a fin de evitar interpretaciones divergentes por parte de tales jueces, y sentar criterios uniformes mediante la jurisprudencia de la aludida Sala.
- c) *Aceptación tácita parcial*. En Perú, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional, aunque están sometidos, en el fondo y forma,

<sup>13</sup> Agradezco especialmente los aportes de JOSÉ ANTONIO RIVERA (Bolivia), MARCELO FIGUEREDE y VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (Brasil), ANITA GIACOMITTO y FERNANDO ARANGO (Colombia), RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE (Costa Rica), GONZALO AGUILAR (Chile), HERNÁN SALGADO PESANTES (Ecuador), FLORENTÍN MELÉNDEZ (El Salvador), EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y GUMESINDO GARCÍA MORELOS (México), IVÁN ESCOBAR FORNOS (Nicaragua), JORGE SILVERO (Paraguay), GERARDO ETO CRUZ y MIJAIL MENDOZA (Perú), EDUARDO ESTEVA GALLICCHIO (Uruguay) y CARLOS AYALA CORAO (Venezuela), cuya información ha sido necesaria para elaborar este tramo del presente estudio, y a la que me remito.

<sup>14</sup> Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Caso *Mazzeo*. En *La Ley*, Buenos Aires, 2007-D, p. 426, y caso *Videla y Massera*, *sentencia del 31 de agosto de 2010*, considerando 8º. Sin embargo, debe advertirse que la Procuración General de la Nación, en un dictamen vertido en la causa *A. J. E. sobre recurso de casación*, ha advertido que en ciertos casos puede haber razones Constitucionales Locales que se opongan a la aplicabilidad de la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver MARÍA ANGÉLICA GELLI. "El valor de la jurisprudencia internacional". En *La Ley*, 2010-C, p. 1192.

al control de constitucionalidad (Tribunal Constitucional, caso *Colegio de Abogados de Arequipa*). Por ende, puede haber control de convencionalidad destructivo o represivo sobre las leyes, aunque (aparentemente), no sobre la Constitución, sin perjuicio de intentarse, en todo caso, la interpretación “conforme” (o control de convencionalidad “constructivo”, como lo llamamos), entre el Derecho Interno, incluida la Constitución, y los aludidos Tratados. Sobre esto, según el art. V del Título Preliminar del *Código Procesal Constitucional del Perú* (ley 28.237), el contenido de los Derechos Constitucionales debe interpretarse de conformidad con los Tratados sobre Derechos Humanos, así como las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según los Tratados de los que el Perú es parte. En *Vera Navarrete* (9/12/2004), el Tribunal Constitucional expresó que hay un mandato imperativo para todas las autoridades, en la aplicación directa de las normas consagradas en los Tratados Internacionales, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que Perú se encuentra suscripto. Otra sentencia importante del Tribunal Constitucional es *Castillo Chirinos* (21/7/2006), donde infiere, del art. 62.3 del *Pacto de San José de Costa Rica*, que las sentencias de la Corte Interamericana que interpretan al Pacto, son vinculantes “para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”, y aunque el Estado peruano no haya sido parte en el proceso respectivo. Estos dos últimos veredictos son expresamente mencionados por la Corte Interamericana en el caso *La Cantuta* (consid. 185), del 29/11/2006.

Puede constatarse la aceptación tácita simple del control de convencionalidad en su versión destructiva o represiva, sobre leyes (no sobre la Constitución), en Chile. Para ello el Tribunal Constitucional aplica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la de otros Tribunales Internacionales, y la hace jugar en concordancia con el art. 5º de la *Constitución de Chile*, que enuncia el deber de respetar los derechos esenciales reconocidos por los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por tal país. Por vía indirecta, una regla local subconstitucional opuesta a las normas convencionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, puede pecar de inconstitucionalidad. Así, en la *sentencia 1340/09*, dicho Tribunal declaró inconstitucional el art. 206 del *Código Civil*, por entenderlo contrario al *Pacto de San José*, y con mención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En El Salvador, después de la renovación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en 2009, puede observarse también una intensa aceptación tácita del control represivo y constructivo de constitucionalidad en varios pronunciamientos de tal tribunal. Tomando uno muy demostrativo al respecto, el caso *Roberto Bukele*, el lector encontrará reiteradas citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas en

expedientes tales como *Ivcher Bronstein*, la opinión consultiva 5/85, *Olmedo Bustos*, *Herrera Ulloa*, *Tristán Donoso*, *Palamara*, *Kimel*, etc., motivo por el cual se declara inconstitucional un artículo del *Código Penal salvadoreño*, tanto por infringir la Constitución como el *Pacto de San José de Costa Rica*<sup>15</sup>. El Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son utilizados aquí tanto para entender y guiar la interpretación del Derecho Nacional, como para descalificar las reglas de éste que se opongan a los dos primeros. En el caso *Ulloa*, apunta FLORENTÍN MELÉNDEZ, la Sala Constitucional realizó una interpretación “conforme” de una cláusula de la Constitución con el *Pacto de San José de Costa Rica*, a fin de no colisionar con éste, y priorizó la aplicación del Pacto sobre la legislación interna. El mismo autor añade que no hay un pronunciamiento expreso de la Sala Constitucional que priorice el Pacto sobre la Constitución, en parte por no encontrarse oposiciones entre el primero y la segunda, y que no es una constante que los jueces comunes privilegien el Pacto y su interpretación por la Corte Interamericana sobre el Derecho Interno, aunque algunas veces sí se practica tal fiscalización.

En Bolivia, en su anterior composición, el Tribunal Constitucional aceptó expresamente el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El nuevo Tribunal Constitucional no se ha expedido al respecto. Los jueces ordinarios, por su parte, no acostumbran inaplicar el Derecho Interno inconvencional, aunque de ser necesario, el expediente era elevado al Tribunal Constitucional, para dirimir el punto.

En Uruguay, la *ley 18.515*, del año 2009, ha propiciado un control constructivo de constitucionalidad al indicar que “constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”. La nueva norma agrega que “Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, salvo que los estándares nacionales fueren más favorables para las personas. Por su parte, la Corte Suprema realizó un verdadero control implícito de convencionalidad, al declarar inconstitucional algunos artículos de la *ley 15.848*, o de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (en verdad, una suerte de amnistía de militares y policías), por infringir el *Pacto de San José de Costa Rica*, y lo hizo con fundamento en el art. 72 de la Constitución, por el cual las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos pueden considerarse integradas a la ley suprema.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, 3 sentencias representativas de la nueva Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2010, p. 1 y ss., 99 y ss.

En Colombia, su Corte Constitucional ha hecho uso del *Pacto de San José de Costa Rica* y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundar sus veredictos, con lo que puede hablarse de una aceptación tácita del control constructivo de constitucionalidad. Los jueces ordinarios, en acciones de tutela (que habitualmente se equipara al juicio de amparo) han ejercitado en varios casos control de convencionalidad para inaplicar reglas internas colisionantes con aquellos parámetros.

d) *Silencio*. No existen pronunciamientos explícitos sobre la aceptación o rechazo de la doctrina del control de convencionalidad en Brasil, en sentencias del Tribunal Supremo Federal, aunque sí votos aislados que pueden fundamentarlo, y aportes doctrinarios muy terminantes al respecto, como los de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, que lo propicia de modo difuso<sup>16</sup>. También hay silencio en la Suprema Corte de Justicia de México, que todavía sostiene la primacía de la Constitución sobre las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>, sin perjuicio de que el control de convencionalidad, fuertemente entendido, sea auspiciado por autores de valía, como EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y GUMESINDO GARCÍA MORELOS, y que algún órgano tribunalicio haya aceptado en buena medida tal propuesta, como el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa y de Trabajo del décimo primer circuito de México, que en el caso *Negrete*, en 2009, indicó que el Derecho Convencional estaba al nivel de la Constitución, y que los tribunales domésticos, nacionales y estatales, deben realizar un control de convencionalidad sobre las disposiciones jurídicas internas<sup>18</sup>.

La actitud de *silencio* subsiste en la nueva Corte Constitucional de Ecuador, erigida por la Constitución de 2008. De todos modos, en éste y otros países, no cabe descartar alguna forma de recepción tácita, de modo tangencial, en términos relativos y en ciertos aspectos, del control de convencionalidad, por ejemplo sobre la interpretación del Derecho Doméstico conjuntamente o en coincidencia con las normas de la *Convención Americana sobre Derechos del Hombre*, o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>16</sup> VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *op. cit.*, nota 10, pp. 42 y sigs., 73 y ss. Apunta MARCELO FIGUEIREDO, en trabajo remitido al autor, que en Brasil, y no obstante la *reforma 45/2004*, todavía el Tribunal Supremo Federal conceptúa a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como, en el mejor de los casos, superiores a las leyes, pero no con rango constitucional y menos superiores a la Constitución. En ciertos casos ha aplicado el principio "pro persona", o de la norma más favorable al ser humano. Hay ciertos tratados que requieren mayorías especiales para su aprobación legislativa, con rango, en tal caso, equivalente a una enmienda constitucional.

<sup>17</sup> MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ. "La supremacía constitucional y su evolución jurisprudencial en México". En *Ars Juris*. N° 43. Universidad Panamericana. México, 2010, pp. 43-44.

<sup>18</sup> Ver GUMESINDO GARCÍA MORELOS, *op. cit.*, nota 10, p. 29 y sigs.; EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *op. cit.*, y p. *cit.*, nota 11. Sobre el caso *Negrete*, *cfr. Diálogo jurisprudencial*. N° 6. Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros. México, 2009, p. 11 y ss.

e) *Negación tácita. Doctrina del "nacionalismo constitucional absoluto"*. En el caso "Apitez Barbera", del 18 diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela entendió que puesto que la Constitución de dicho Estado no decía que el *Pacto de San José de Costa Rica* se encontraba por encima de la Constitución, ésta tenía superioridad sobre aquél. Al respecto, se basó en el art. 7° de la Constitución venezolana, que define a la Constitución "es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución..." De hecho, y paradójicamente, la Sala Constitucional aludida, en cuanto intérprete final de la Constitución, se ha arrogado ejercer (*sentencia 1942, del 15 de julio de 2003*), sobre las sentencias de la Corte Interamericana, una suerte de *exequatur*, o "pasavante", a fin de determinar si son compatibles o no con la Constitución venezolana, declarando inejecutables a algunas de ellas (*sentencia 1936, del 12 de diciembre de 2008*). Para AYALA CORAO, esta postura se basa en la doctrina del *nacionalismo constitucional absoluto*, la que juzga que si media una confrontación entre un Tratado Constitucional y la Constitución, ésta, apoyada en la Soberanía Nacional, debe siempre prevalecer. En definitiva, la Sala Constitucional declaró inejecutable aquella sentencia de la Corte Interamericana, e invitó al Poder Ejecutivo a denunciar el *Pacto de San José de Costa Rica*, en base al principio de "colaboración de los poderes"<sup>19</sup>. Esta postura es la tesis diametralmente opuesta al control de convencionalidad, ya que lo subordina al control de constitucionalidad.

En síntesis, un reportaje al momento actual (comienzos de 2011) muestra lo siguiente: (i) pocos países han aceptado el ejercicio de un control de convencionalidad intenso sobre el Derecho Doméstico, en su versión de control represivo apto incluso para invalidar reglas Constitucionales Locales opuestas al *Pacto de San José de Costa Rica* o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ocasionalmente, ese papel represivo ha avanzado sobre normas internas subconstitucionales. Tal situación es perfectamente explicable, dado que solamente en un puñado de naciones se acepta que el Pacto pueda hallarse por encima de la Constitución; (ii) se ha ganado bastante terreno en el operativo de realizar tácitamente un control de convencionalidad positivo o constructivo, en el sentido de reinterpretar al Derecho Interno, incluso el Constitucional, de conformidad con el Pacto y la jurisprudencia mencionada; (iii) la actitud negativa implícita de Venezuela respecto de la plena vigencia del control de convencionalidad,

<sup>19</sup> Sobre el tema, ver CARLOS AYALA CORAO. *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela 1999-2009*. Fundación García Pelayo. Caracas, 2009, *passim*; ALLAN BREWER R. CARIAS. *Crónica sobre la "injusticia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, *passim*.



y la consecuente doctrina del "pasavante" o *exequatur*, no ha tenido mayor predicamento en la región; (iv) es raro que las Cortes Constitucionales latinoamericanas, o quien haga sus veces, acepten expresamente la doctrina del control de convencionalidad. Ello puede explicarse algunas veces por razones políticas, puesto que dicha admisión involucraría la categorización del Pacto y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como material normativo supraconstitucional (hecho que para muchos importaría una degradación del Derecho Nacional), y en otras por razones prácticas, derivadas de la falta de adecuada divulgación de la aludida doctrina.

Desde el punto de vista práctico, emerge una seria dificultad operativa para cumplir con la Corte Interamericana: no existe una reseña o sumario de sus sentencias y opiniones consultivas, de tal modo que quien desee conocer y aplicar su jurisprudencia, debe leer varios miles de páginas para descubrirla. Y esto es una tarea casi imposible de exigir para la totalidad de los jueces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte Interamericana debe ser aquí consecuente: si exige mucho a los tribunales internos, también ella deberá exigirse para transmitir mensajes claros y cognoscibles por todos los destinatarios.

Lo cierto es que merced al control de convencionalidad, en su doble función represiva y constructiva, la Corte Interamericana y los jueces nacionales ingresan como protagonistas artífices de un Derecho Común Interamericano, al edificar estándares y reglas uniformes en la región, y derrumbar las antinormas o las antiinterpretaciones que se les oponen. No en vano se ha comparado esta gestión en un operativo de casación inter o supranacional, según se lo mire, en materia de los Derechos Humanos del área.

#### 1.8. LA SUPERFICIE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERAMERICANO. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Resulta relevante destacar que en el sistema del *Pacto de San José de Costa Rica* y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cupo principal de derechos en juego ha sido, por ejemplo, en materia de derechos a la vida, integridad personal, derechos políticos, libertad de expresión y al debido proceso, antes que derechos económico-sociales. Ello se explica porque la *Convención Americana sobre Derechos del Hombre*, respecto de los últimos, es relativamente parca, aunque deriva a la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* y a su reforma por el *Protocolo de Buenos Aires* (art. 26). Y también, porque la Corte Interamericana debió afrontar inicialmente, de modo inmediato y urgente, graves violaciones a Derechos Humanos por delitos de lesa humanidad, como los derivados del terrorismo de estado; al par que tuvo que afirmar libertades estratégicas para la democracia, como la libertad de expresión, y las garantías concernientes al debido proceso.

También es cierto que el *Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988*, es

adicional a la Convención o *Pacto de San José de Costa Rica*, y se dedica puntualmente a los derechos económicos, sociales y culturales. Su art. 19, habilita las instancias jurisdiccionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, pero con referencia a los derechos establecidos en el párrafo a) del art. 8º y en el art. 13 de dicho Protocolo, concernientes a la organización sindical y a la educación.

Lo dicho no ha impedido, sin embargo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordase directa o tangencialmente temas económico-sociales o vinculados con ellos y por ende, que estableciera jurisprudencia ahora vinculante conforme a la doctrina del control de convencionalidad, en asuntos (y la lista que sigue, en materias y fallos, no agota el catálogo), como los siguientes: (i) asociación (*Baena Ricardo, Huilca Tecse, López Alvarez*), (ii) desarrollo progresivo de los derechos (*Cinco Pensionistas, Comunidad Indígena Yakye Axa, Trabajadores cesados del Congreso*), (iii) familia (*Castillo Páez, Hermanas Serrano Cruz, Fermín Ramírez, García Asto y Ramírez Rojas*), (iv) libertad sindical (*Baena Ricardo, Acevedo Jaramillo*), (v) derechos del niño (*Villagrán Morales, Instituto de Reeducación del Menor, Masacre de Pueblo Bello, Vargas Areco*), (vi) propiedad privada individual y comunal o comunitaria aborigen (*Palamara Iribarne, Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Masacres de Ituango*), (vii) derechos de autor (*Palamara Iribarne*), (viii) naturaleza de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (*Baena Ricardo*), (ix) pérdida de vida y de chance (*Loayza Tamayo, Castillo Páez*), (x) proyecto de vida (*Villagrán Morales, Gutiérrez Soler, Cantoral Huamaní*), (xi) jubilaciones y montos pensionarios (*Acevedo Buendía*), (xii) derecho a una existencia digna (*Zambrano Vélez, Ximenes Lopes, Montero Aranguren*), (xiii) aplicación del *Protocolo de San Salvador* (*Baena Ricardo, Instituto de Reeducación del Menor*), etc.

Resulta llamativo, en ese orden de ideas, constatar cómo la Corte Interamericana, al tratar ciertos derechos tradicionales incluidos en el *Pacto de San José de Costa Rica*, como los de vida digna y propiedad, haya formulado desarrollos inusitados en materia económico-social, partiendo por ejemplo del derecho de los pueblos aborígenes a sus tierras, para abordar acto seguido el derecho al agua, a los alimentos, nutrición, salud y educación básica, en especial para los sectores más desguarnecidos de la sociedad (caso *Comunidad Xákmok Kásec*, del 24 de agosto de 2010, v. gr.).

Otra pauta significativa de la Corte Interamericana ha sido enfatizar que toda persona que se encuentre en condiciones de vulnerabilidad es titular de una protección especial por parte del Estado, y ha ejemplificado tal tesis, por ejemplo, con referencia a niños y adolescentes en situación de riesgo, poblaciones indígenas y personas que viven en condiciones de extrema pobreza. Aparte de ello, ha dicho que la atención médica eficaz de salud mental debe estar disponible a todo individuo que lo necesite (caso *Ximenes Lopes*, del 4 de julio de 2006, v. gr.).

En resumen, se abre aquí una interesante perspectiva del control de convencionalidad interamericano, en la esfera económico-social, que seguramente tendrá mayor despliegue en el futuro.

## 2. EL SISTEMA EUROPEO

### 2.1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PRACTICADO "DESDE ARRIBA"

En el caso europeo, cabe recordar la doble estructura imperante.

a) Por un lado, la Unión Europea, donde opera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situado en Luxemburgo, cuyos antecedentes —cuando se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, en *Van Gend en Loos*, (1963) *Costa v. ENEL*, (1964) y *Simmenthal* (1978), resultan emblemáticos en esta materia. Se injerta ahora dentro del esquema del *Tratado de Lisboa*. La Unión Europea abarca a 27 estados<sup>20</sup>.

Como aclaración complementaria, debe tenerse en cuenta que las relaciones de prioridad o de prevalencia entre el Derecho Comunitario europeo y las normas europeas en materia de Derechos Humanos, respecto de los Derechos Nacionales, ha dado lugar a numerosas controversias y mutaciones en los países del área<sup>21</sup>.

b) Por otro, se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, (que en francés se denomina Corte Europea de Derechos Humanos, órgano del Consejo de Europa) que cuenta con 47 Estados) y del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que practica por sí mismo control de convencionalidad, incluso sobre Constituciones Locales, inaplicando las opuestas al Convenio. Algunas veces el control de convencionalidad se realiza para contrarrestar la acción de los Estados; y en otras, para atacar la omisión del legislador nacional, en ambos supuestos contra el Convenio<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso 6/64, cit. por JUAN CARLOS HITTERS. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad". En *Estudios Constitucionales*. Año 7 n° 2. Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2009, p. 113. Sobre los restantes casos, ver CARLOS VIDAL. "Alemania". En JAVIER TAJADURA y de JOSU MIGUEL (Coords.). *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, p. 50. En *Internationale Handelsgesellschaft*, (1970) el mismo Tribunal supranacional añadió que no se puede válidamente recurrir al Derecho Interno para juzgar la validez de normas pronunciadas por las instituciones comunitarias, porque de lo contrario se podría en riesgo la uniformidad del funcionamiento del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros de la hoy Unión Europea.

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, JAVIER TAJADURA y de JOSU MIGUEL (coords.), *op. cit.*, nota 21, *passim*.

<sup>22</sup> Ver por ejemplo sobre el contralor por convencionalidad de Constituciones, los casos *Partie communiste unifié de Turquie*, del 20/11/98, y *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, 28/10/99, cit., por FRÉDÉRIC SUDRE. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 8ª ed. Presses universitaires de France.

### 2.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PRACTICADO POR LOS JUECES NACIONALES. SITUACIONES PARTICULARES

En el sistema europeo, en efecto, y dentro concretamente en la esfera de la Unión Europea, una sentencia decisiva en esta materia es el caso *Administration des finances italiennes c. Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978, del hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En tal pronunciamiento, dicha corte atribuyó de modo difuso a los jueces nacionales la condición de jueces de Derecho Común del Derecho Comunitario, puntualizando que aquel control, por el que cabe dar supremacía a este Derecho sobre el Local, no debe quedar en las manos exclusivas de las Cortes Constitucionales de los Estados. En definitiva, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), dijo que *El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*<sup>23</sup>.

Por ende, se infiere de lo dicho que (i) el Derecho Interno no puede impedir la aplicación del Derecho Comunitario, pero sí es posible para el Derecho Comunitario impedir la aplicación del Derecho Doméstico; (ii) que no corresponde, para inaplicar al Derecho Doméstico contrario al Derecho Comunitario, que la norma interna sea previamente declarada inconstitucional por los órganos especializados de la jurisdicción constitucional. Los jueces comunes, en definitiva, terminan como órganos del orden jurídico comunitario, para asegurar su supremacía.

La importancia de la sentencia *Simmenthal* es evidente, y ha producido resultados en diversos ámbitos. Los jueces comunes, de órganos de aplicación del Derecho Local, pasan a convertirse en operadores comunitarios de fiscalización de ese Derecho. También, en órganos de tutela de los derechos conferidos por el Derecho Comunitario a los justiciables, por lo que este Derecho, de tal modo, adquiere efecto directo. Y en ciertos casos, ha llegado incluso a hablarse de "la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores" —expresión de RUIZ-JARABO— ya que la tesis *Simmenthal* confía a los magis-

Paris, 2006, pp. 191-2. También, el caso *Open Door y Dublin Well Woman*. En CARLOS RUIZ MIGUEL. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 42. El autor observa que en dicho fallo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sustituyó la interpretación que había hecho el Tribunal Supremo de Irlanda, de la Constitución de ese mismo país. Respecto de la inconvencionalidad por acción o por omisión, de este mismo autor, *ibidem*, p. 41.

<sup>23</sup> EVA BRUCE. *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, p. 24. [www.afdc.fr/congres-mtp/textes5/bruce2.pdf](http://www.afdc.fr/congres-mtp/textes5/bruce2.pdf) 23/09/2010. El texto citado se toma de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*. Dykinson, Madrid, 2009, t. I p. 1207.

trados comunes competencias que, en un orden parecido (aunque no idéntico), como es el control de constitucionalidad, las Constituciones Locales, a menudo, solamente otorgan a tribunales constitucionales de tipo superior, concentrado y especializado. *Simmenthal*, en efecto, se inclina hacia un régimen difuso o desconcentrado de contralor. Finalmente, la norma interna contradictoria del Derecho Comunitario termina inaplicada, al padecer de “una radical ausencia de eficacia jurídica”<sup>24</sup>.

Paralelamente, cabe observar que en el régimen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se ha pronunciado una sentencia idéntica a *Simmenthal*. Dicha corte, pues, no ha ordenado claramente a los jueces nacionales que inapliquen el Derecho Doméstico contrario a la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque sí ha dispuesto (*Rumpf c. Alemania*), que los Estados deben establecer mecanismos, incluso mediante legislación, para remediar el incumplimiento reiterado de sus obligaciones contraídas según la Convención<sup>25</sup>. Por lo demás, hay sistemas nacionales muy distintos acerca de cómo cotizar e interactuar jurídicamente el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En ciertos casos se ha optado por conferirle *status* constitucional (Austria), y en otros por darle precedencia sobre todo el Derecho Doméstico, incluido el Constitucional (Holanda). Pero en otros Estados se mantiene al Convenio con rango legal, bajo la Constitución (Alemania)<sup>26</sup>.

El ejercicio concreto del control que hemos descripto, que en verdad es control de convencionalidad, y que FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO llama “control de comunitariedad”, asume pues en la práctica distintas posiciones. Hemos seleccionado algunas experiencias nacionales.

#### A. FRANCIA

Al parecer, en 1975, fue aquí donde el Consejo Constitucional utilizó por primera vez la expresión *control de convencionalidad*<sup>27</sup>. Analizaremos sus rasgos esenciales.

##### 1) Características del control de convencionalidad.

Precisamente, en la sentencia *IVG (Interruption volontaire de grossesse)*, del 15 de enero de 1975, el Consejo Constitucional francés se negó a realizar un “control de convencionalidad” o de fiscalización de la conformidad de las leyes francesas con un Tratado Internacional, dentro del mecanismo de control de constitucionalidad.

<sup>24</sup> Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, nota 24, pp. 1207-10.

<sup>25</sup> Información suministrada por el Profesor MATTHIAS HERDEGEN, Director del Instituto de Derecho Internacional y del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Bonn.

<sup>26</sup> GERTRUDE LÜBBE-WOLFF. *ECHR and National Jurisdiction-The Görgülü Case*. En *HFR* 2006. Beitrag 12, Seite 1, pág. 1.

<sup>27</sup> Cfr. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *op. cit.*, nota 10, pp. 64 y 71. El autor califica la expresión *control de convencionalidad* como un neologismo poco elegante.

Para el Consejo Constitucional, una cosa es el control de constitucionalidad de las leyes, que sí debe practicar, en los supuestos previstos por la Constitución, y en donde la superioridad de la misma tiene carácter “absoluto y definitivo” respecto de las leyes; y otra, la superioridad de los tratados o convenciones –que solamente tienen jerarquía “relativa y contingente”– sobre las leyes, la que genera el control de convencionalidad<sup>28</sup>. Para esto último, el Consejo Constitucional no se consideró competente. El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, para el referido Consejo, tienen pues naturaleza diferente<sup>29</sup>.

Pero del hecho que el Consejo Constitucional no fuese competente, no se desprendería que en Francia no hubiese control de convencionalidad. Con el fin de respetar el art. 55 de la Constitución, que establece el *principio de la superioridad del Tratado Internacional sobre una Ley Nacional*, el Consejo entendió que la misión de asegurar esa primacía, y de efectivizar por tanto el “control de convencionalidad” de las leyes, debía quedar en manos de las jurisdicciones ordinarias. En concreto, del juez judicial y del juez administrativo, que se convirtieron de tal modo en jueces de aplicación de la condición de la supralegalidad de los Tratados, proclamada por aquella *Cláusula de la Constitución*<sup>30</sup>.

El control de convencionalidad en manos del juez ordinario tiende a perfilarse como difuso, inmediato y permanente. La norma de referencia, que para nosotros se perfila como material normativo controlante, es la comunitaria o supranacional. El juez común, escribe Pacteau, debe inaplicar la ley interna contraria a la norma superior. En la práctica, ello ha permitido por parte del juez común un control sobre la ley “bastante más penetrante que el atribuido al Consejo Constitucional... Hoy, el juez ordinario es el verdadero juez del control de la Ley. El verdadero problema que se plantea es el de la compatibilidad entre las normas comunitarias, supranacionales e internacionales, con las del ordenamiento jurídico y de la Constitución francesa”<sup>31</sup>.

Surgió así lo que EVA BRUCE denomina una “competencia jurisdiccional bipartita”: a) la del Consejo Constitucional, como juez de la constitucionalidad directa de la Constitución, para invalidar las leyes opuestas a ella, b) y la de los jueces ordinarios, como jueces de la convencionalidad de las leyes, lo que implica una suerte de juicio indirecto sobre la validez constitucional de las leyes opuestas a los tratados (ya que éstos, según el men-

<sup>28</sup> Cfr. FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 23, pp. 192-3.

<sup>29</sup> EVA BRUCE, *op. cit.*, nota 24, p. 24.

<sup>30</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 23, p. 193; EVA BRUCE. *Controle de constitutionnalité...*, *op. cit.*, nota 24 p. 2.

<sup>31</sup> BERNARD PACTEAU. “Relazione sulla Francia”. En *Atti del Convegno Principi giuridici e limiti all' autonomia dei legislatori - profile internazionali, supranazionali e nazionali*. [www.dirittoadministrativo.org/abs\\_040604.asp](http://www.dirittoadministrativo.org/abs_040604.asp). Università di Napoli L' Orientale, Napoli, 4 e 5 giugno 2004. Cit. por LUIS JIMENA QUESADA. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?* Versión definitiva para Actas 2010, p. 3. Texto remitido por el autor.

cionado art. 55 la Constitución, prevalecen sobre las leyes)<sup>32</sup>. En materia de Derechos Fundamentales, en síntesis, el sistema de su protección es doble: mediante el control de constitucionalidad se tutela la supremacía de esos derechos, enunciada en la Constitución, ante su eventual infracción por leyes; y a través del control de convencionalidad, se ampara la supremacía de los derechos, declarados en la Convención Europea, frente a su posible negación por las normas legales<sup>33</sup>.

Aunque concurrentes, los dos controles pueden dar resultados distintos. Por ejemplo, una ley acorde con la Constitución no es de por sí, de modo obligado, también conforme con la *Convención Europea de Derechos Humanos*. Y a la inversa, una ley opuesta a la Convención tampoco, de por sí, es necesariamente opuesta a la Constitución<sup>34</sup>. Por lo demás, la ley declarada inconstitucional en abstracto por el Consejo Constitucional, es invalidada, mientras que la ley reputada inconvencional por el juez ordinario, en concreto, es inaplicada y permanece en vigor.

Debe quedar bien claro, en materia de control de convencionalidad, que la Constitución, como norma ubicada en la cúspide del orden jurídico interno francés, según la definición del Consejo Constitucional en el caso *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*<sup>35</sup>, no se encuentra sometida a dicho control, conforme doctrina sostenida, a su turno, tanto por el Consejo de Estado, en el caso *Sarran, Levacher et autres*, como por la Corte de Casación, en *Fraisse*<sup>36</sup>.

## 2) Impacto del control de convencionalidad en el derecho nacional francés.

El control de convencionalidad no es entrevisto solamente como un instrumento destructor de normas internas, o sea, como un dispositivo de *exclusión*. También cumple funciones que hemos denominado *constructivas* (ver *supra*, parágrafo 4), que son de *rescate* y de *inclusión* de las normas locales, en aras de hacer funcionar al Derecho Doméstico en consonancia con la *Convención Europea de Derechos Humanos*. Ello equivale, *mutatis mutandi*, a la doctrina denominada de la "interpretación conforme" de la ley ordinaria con la Constitución, en materia de control de constitucionalidad, y que tiende a preferir como operables a las "interpretaciones constitucionales" de una ley,

<sup>32</sup> Cfr. EVA BRUCE. *L'article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Thèse pour le doctorat. Résumé, p. 2. [www.gerjc.u-3mrs.fr/EVA.htm](http://www.gerjc.u-3mrs.fr/EVA.htm) 23/09/2010. Para FRÉDÉRIC SUDRE, el juez ordinario francés es, de tal modo, "juez de segundo grado de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas", según también la expresión de NICOLÁS MOLFESSIS, completando así el sistema de control de constitucionalidad de ese país.

<sup>33</sup> EVA BRUCE. *op. cit.*, nota 24, p. 22.

<sup>34</sup> Ver Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Zielinsky, Pradal et autres*, para el primer supuesto, y Consejo Constitucional, caso *IVG*, considerando 5, para el segundo, en EVA BRUCE, *op. cit.*, nota 24, p. 26. De la misma autora, ver *idem*, p. 20, sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad.

<sup>35</sup> EVA BRUCE, *op. cit.*, nota 24, p. 21.

<sup>36</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 23, p. 193.

frente a posibles y descartables "interpretaciones inconstitucionales" de ella, a fin de salvar jurídicamente a la norma cuestionada, e impedir la declaración de inconstitucionalidad. O en nuestro caso, de inconvencionalidad.

Resulta significativo subrayar, en este punto, que el control de convencionalidad en Francia implica no solamente comparar, aplicar e interpretar las normas locales, por ejemplo, con el texto del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, sino también con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intérprete final del Convenio. Y que, en otro sentido, de hecho se extiende a la primacía, también, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el derecho Interno*<sup>37</sup>.

FRÉDÉRIC SUDRE ha detallado las distintas alternativas que pueden darse en tal trabajo de armonización exegética. Por ejemplo, mediante una "interpretación neutralizante" de la Ley Local, se reescribe a su texto para adecuarlo a la Convención Europea de Derechos Humanos. Merced a una "interpretación conforme", se aplica a la Ley Local en coincidencia con las interpretaciones dadas a la citada *Convención por la Corte Europea de Derechos Humanos*. Ello se concreta por medio de *ajustes jurisprudenciales*, correctores por ejemplo de una interpretación anterior, de actualizaciones o *aggiornamientos* que siguen las pautas orientativas de la Corte, de *recepción directa* de la interpretación verificada por la misma Corte Europa, y de una *interpretación enriquecedora* de la jurisprudencia nacional mediante la incorporación de interpretaciones mutativistas, de tipo innovador, generalmente por adición, provenientes de la referida Corte<sup>38</sup>.

Estos aspectos del control de convencionalidad llevan a preguntarse si el poder del juez nacional, frente a su legislador doméstico, se ha acrecentado o disminuido. La respuesta se inclina, sin hesitación, por la primera alternativa: el juez ha incrementado su rol de censor de la ley (incluso hay quienes hablan de una especie de *evasión* del juez de la ley)<sup>39</sup>. En efecto: por un lado, ese juez deberá fiscalizar al legislador nacional con un material controlante significativamente ampliado (no solo el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, sino también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Por otro, y si respecto de un artículo del Convenio, no hubiere o existiere escasa jurisprudencia, de todos modos dispondría allí de una mayor potencia interpretativa del mismo, puesto que no estaría condicionado en su exégesis por pautas previas

<sup>37</sup> FRÉDÉRIC SUDRE. "A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité". En Autores Varios. *Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthier. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Pedone. Paris, 2004, pp. 212, 215; y FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 23, p. 193. Sobre la interpretación de la ley (o de cualquier norma subconstitucional) conforme a la Constitución, ver F. JAVIER DÍAZ REVOIRO. *La interpretación constitucional de la ley*. Palestra. Lima, 2003, p. 45 y ss.; ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid, 1984, p. 282.

<sup>38</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 38, p. 209 y ss.

<sup>39</sup> RÉGIS DE GOUITTES. *Le juge, la loi et la Convention*. En *Les annonces de la Seine*, No. 8, 2003, p. 4., *cit.*, por FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 38, p. 224.

sentadas por el Tribunal Europeo<sup>40</sup>. Y su nuevo producto interpretativo configura otro parámetro de revisión de la Ley Local.

### 3) Hacia la construcción de un Derecho Común Europeo en Derechos Humanos.

Otro resultado, no menor por cierto, del control de convencionalidad, es la gestación de un *ius commune*, diseñado por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y por su interpretación según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proyectado después a cada país por sus jueces nacionales, alineados con la Corte, como *derecho prevaleciente y derecho unificador*.

Se trata, como puede advertirse, de un derecho *excluyente* de normas y de interpretaciones domésticas que lo contradigan, y de un derecho *incluyente* de normas y de directrices jurisprudenciales provenientes del orden internacional.

No se presenta, por lo demás, como un derecho monopólico o hermético, sino subsidiario. Por un lado, porque sus directrices no suplantán al Derecho Interno ni, agregamos, pretenden extinguirlo. Antes bien, lo complementan y operan como un estándar mínimo, razón por la que ceden si las normas locales son más protectoras para las personas<sup>41</sup>.

La expresión "*droit commun européen*" fue ya empleada por JEAN-CLAUDE GAUTRON en 1997, y ha sido calificada como "feliz" por otros autores<sup>42</sup>. La legitimidad de dicho Derecho Común, desde luego, dependerá del acierto de su formulación, cuestión que conduce a la prudencia, sabiduría y equilibrio que debe privar entre los jueces que lo formulan, así como del acierto de los jueces nacionales al transportarlo a sus respectivas jurisdicciones locales.

### 4) La reforma del art. 88-1 de la Constitución francesa.

En 1992 se incorporó al texto constitucional una nueva norma, la que advierte que la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión europea, constituidas por Estados que lo han dispuesto así libremente, en virtud de los Tratados que las han instituido, para ejercer en común algunas de sus competencias.

Esta importante enmienda ha suscitado la pregunta de si el Consejo Constitucional no debería asumir, a título de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad del Derecho Comunitario contemplado por el aludido art. 88-1. Y también, en última instancia, de si no es hora de cambiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ya mencionado caso *IVG*, y unificar el control de convencionalidad con el control de

constitucionalidad a cargo del mismo. O de dejar en manos del Tribunal Constitucional un "control de fundamentalidad" a favor de los Derechos Fundamentales de las personas, independientemente de si esos derechos están enunciados en la Constitución o en una Convención Internacional de Derechos Humanos. Los interrogantes incluso llevan a conceptuar, o no, al Derecho Comunitario como parte del bloque de constitucionalidad francés. Hasta el momento, la respuesta tiende a ser negativa, aunque no puede negarse que el sistema mismo, observa EVA BRUCE, se encuentra en estado de mutación<sup>43</sup>.

En Francia, una de las preocupaciones más frecuentes en torno a la posibilidad de otorgar al Consejo Constitucional papeles propios del control de convencionalidad, es triba en preguntarse si el traspaso –total o parcial– de ese control, hoy en manos de los jueces ordinarios, al Consejo, es compatible con la doctrina del caso *Simmenthal*, que como vimos (*supra*, en este mismo párrafo 9), auspicia un modelo de control difuso. El tema es dificultoso. Una alternativa de solución ha sido entender que *Simmenthal* prohíbe otorgar a los Tribunales Constitucionales una competencia exclusiva para entender en temas de Derecho Comunitario antes de que lo hagan los jueces ordinarios, pero que no impediría conferírle a un Consejo o Tribunal Constitucional competencia *parcial* en ciertos temas, como sería la tutela de los Derechos Fundamentales, dejando en poder de los jueces ordinarios el consecuente control de convencionalidad, del resto del Derecho Comunitario<sup>44</sup>.

## B. ESPAÑA

En esta Nación el control de convencionalidad –así lo denomina parte de la doctrina– ha sido evaluado como fenómeno controvertido e incompleto, a más de bastante novedoso y, en la experiencia jurídica, "apenas llevado a cabo". Refiere a la inaplicación, por un juez ordinario, de una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, que contradice un Tratado Internacional o a la interpretación de dicho Tratado por el órgano máximo de control establecido por tal Convenio<sup>45</sup>. Todo ello, más allá del control ya requerido y efectivizado por los jueces comunes en el marco de la Unión Europea, desde el mencionado caso *Simmenthal*.

Según JIMENA QUESADA, aquel control, en general, podría practicarse por los jueces ordinarios, y de modo difuso, por aplicación analógica del "*principio de jerarquía normativa*", que autoriza a dichos jueces a inaplicar los reglamentos cuando son contrarios a la Constitución o a la Ley. Y un segundo argumento, el "*principio de primacía del Derecho Comunitario*", derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>40</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 38, pp. 222-223.

<sup>41</sup> FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 23, pp. 198-9.

<sup>42</sup> JEAN CLAUDE GAUTRON. "Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes". En Commission européenne pour la démocratie par le droit. *Le patrimoine constitutionnel européen*. Collection Science et technique de la démocratie. Conseil de l'Europe. No. 18. París, 1997, pág. 148, *cit.*, por FRÉDÉRIC SUDRE, *op. cit.*, nota 38, p. 208.

<sup>43</sup> Ver JÓEL ADRIANTSIMBAZOVINA. "L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et a niveau national. Vers un controle de "fondamentalité". En *Revue Française de Droit Administratif*. París, 2002, pp. 127-129, *cit.* por EVA BRUCE, *op. cit.*, nota 24, p. 22. De la misma autora, ver el desarrollo del tema en pp. 21, 27-28.

<sup>44</sup> EVA BRUCE. *Ibidem*, p. 24.

<sup>45</sup> Ver LUIS JIMENA QUESADA, *op. cit.*, nota 32, pp. 2-3.

Europea, y del art. 93 de la Comunidad Europea, conduciría –por vía de analogía– al mismo resultado (paralelamente, apunta aquel autor, se ha consentido sin objeciones que los jueces nacionales inapliquen las normas locales conflictivas con la norma que estatuye la Unión Europea)<sup>46</sup>. El referido control de convencionalidad, bien que a título de control preventivo de las normas, fue también aceptado, en términos generales, por el Consejo de Estado de España, en su *Memoria Anual de 1997*, aunque después no haya sido repetido.

Una de las dificultades más serias para abonar un ampliado control de convencionalidad en España, es que el *principio de primacía de los tratados sobre las leyes comunes* no se encuentra expresa y claramente enunciado por la Constitución (ver sus artículos 95 y 96), ni totalmente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina de tal país, de modo particular por autores constitucionalistas. Sin embargo, la posición mayoritaria de los internacionalistas y diversos pronunciamientos provenientes, entre otros, de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, o del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, abonan la tesis de la condición supralegal de los Convenios Internacionales. Cabe advertir, eso sí, que “supralegalidad” no significa, y eso está claro, “supraconstitucionalidad”. Los Tratados son usualmente entendidos, en el ámbito Local, como subordinados a la Constitución<sup>47</sup>.

En la experiencia jurídica, el Tribunal Constitucional español no ha seguido algunas veces de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actitud que no importa una buena señal para la doctrina del control de convencionalidad. Pero diversos tribunales inferiores, como la Sala en lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (ésta con mayor entusiasmo), o la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, acreditan un cierto ejercicio de tal fiscalización<sup>48</sup>.

Para auspiciar y consolidar en España el control de convencionalidad *desde abajo*, o sea, practicado por los jueces nacionales, se visualizan ciertos problemas, algunos pedagógicos y sociológicos, como es la falta de entrenamiento por muchas universidades, la ausencia de voluntad concreta de encarar tal tarea por todos los tribunales,

<sup>46</sup> Sobre el tema, ver PALOMA BIGLINO CAMPOS. “La primacía del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española”. En ANA MARÍA CARMONA CONTRERAS (ed.) *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 41, *cit.*, por LUIS JIMENA QUESADA, *op. cit.*, nota 32, p. 29.

<sup>47</sup> LUIS JIMENA QUESADA, *op. cit.*, nota 32, pp. 12-14. Ver JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. 4ª. ed. Thomson Civitas. Madrid, 2008, pp. 340-1. Los autores destacan que la idea de la primacía del tratado sobre la ley subyace también en la *sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de noviembre de 1984*, aunque aclaran que los tratados son infraconstitucionales, por más que resulten supralegales.

<sup>48</sup> LUIS JIMENA QUESADA, *op. cit.*, nota 32, pp. 16-25.

o los riesgos que podría llevar un ejercicio irreflexivo o imprudente, e incluso desleal, de dicho control. No ha faltado quien alerte, por ejemplo, sobre la posibilidad de que el juez nacional, aunque invoque ejercer el control de convencionalidad, no sea genuinamente respetuoso de los parámetros fijados por los Tribunales Europeos Supremos. Finalmente, otro conflicto que no puede ignorarse es, si el juez nacional practica el control de convencionalidad, que tenga frente a su mesa distintas pautas supranacionales distintas, si media jurisprudencia divergente entre, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para este supuesto, una vía de solución es preferir la pauta judicial más protectora de la persona (*favor libertatis*)<sup>49</sup>.

Dentro del escenario español debe destacarse, eso sí, el significativo papel que permite el art. 10-2 de la Constitución, cuando señala que los derechos reconocidos por ella deben interpretarse de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* “y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, regla que ha posibilitado una fluida interpretación “conforme” y una positiva interacción del Derecho Constitucional y Subconstitucional Local, con los Convenios Internacionales y Comunitarios y la doctrina de los organismos específicos creados por ellos. La cláusula de referencia, agregan FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y JIMÉNEZ GARCÍA, autoriza una “apertura constitucional de nuestro sistema a la nueva cultura jurídico-política del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>50</sup>.

### C. ALEMANIA

Además de la vigencia de la doctrina *Simmenthal* en el marco de la Unión Europea, cabe reconocer, sin embargo, que en Alemania ha existido un profundo debate, con diversos avatares, sobre la supremacía del Derecho Comunitario Europeo cuando colisiona con el “núcleo intangible” o las estructuras fundamentales del ordenamiento constitucional<sup>51</sup>. Una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Federal (con sede en Karlsruhe), ha ido delineando el tema, algunas veces de manera zigzagueante: así, los casos *Solange I*, *Wielleicht*, *Solange II*, entre otros. La idea esencial que subyace en todos ellos es que la cesión de Derechos Soberanos a una organización internacional no puede suponer un ataque a la estructura básica constitutiva del orden constitucional, y a los Derechos Fundamentales reconocidos por la *Ley Fundamental de Bonn* (que opera como la *Constitución de la República Federal Alemana*). Algunos llaman a esto el *principio de “reserva constitucional”*<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

<sup>50</sup> CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA. *El derecho internacional de los derechos humanos en la constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*. Thomson/Civitas. Madrid, 2006, p. 29 y ss.

<sup>51</sup> Ver CARLOS VIDAL, *op. cit.*, nota 21, p. 43 y ss.

<sup>52</sup> *Cfr. BVerfGE* 37, pp. 271, 279 y ss., *cit.*, por CARLOS VIDAL, *op. cit.*, nota 21, pp. 61, 84.

El Tribunal Constitucional se ha expedido, así, sobre la aceptación constitucional del *Tratado de Maastricht*, y más recientemente, sobre el de *Lisboa*<sup>53</sup>. Un caso muy polémico, con diversas instancias y alternativas, ha sido el de la "orden de detención europea", o *euroorden*, donde el Tribunal Constitucional juzgó inconstitucional una Ley Local que aplica en Alemania una Directiva Marco de origen comunitario. El asunto todavía no está concluido<sup>54</sup>.

La cuestión no es nada pacífica. Algunos autores, como TOMUSCHAT, plantean con acierto la incoherencia que significa, para autores y tribunales alemanes, sostener que el Derecho Comunitario tiene primacía, pero al mismo tiempo, establecer su sumisión a los parámetros constitucionales internos en materia de Derechos Humanos, cosa que en los hechos significa, en casos concretos, eludir la primacía inicialmente descripta<sup>55</sup>.

En lo que hace al Consejo de Europa, y el *Convenio* (muchas veces llamado también Convención) *Europeo de Derechos Humanos*, la jurisprudencia alemana ha demandado interpretar, y en la medida de lo posible, el Derecho Interno de conformidad con el referido Convenio y con su interpretación según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Según sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ello impacta para determinar el contenido y los alcances de los Derechos Fundamentales en el orden interno alemán, y también en los principios básicos asumidos por la Constitución. En concreto, escribe MATTHIAS HERDEGEN, "de esta manera el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* actúa como directriz de interpretación respecto a los contenidos del orden constitucional", e indirectamente, sobre todo el resto del Derecho Interno. Ahora bien: en ciertos casos, la jurisprudencia alemana admite excepciones cuando el Derecho Local no pueda ser interpretado según aquellas pautas provenientes del Derecho Internacional, para lo cual maneja la doctrina de lo "metodológicamente posible". En tal caso, el juez alemán debe fundamentar su decisión en términos metodológicos y explicar las razones por las cuales no es posible aplicar la Ley Local de conformidad con los parámetros emergentes de *Convención Europea de Derechos Humanos* y de su interpretación por el Tribunal Europeo<sup>56</sup>.

En el caso *Görgülü*, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha indicado que los tribunales nacionales tienen en sus sentencias que *tener en cuenta*, o *considerar*, los

<sup>53</sup> Ver, al respecto, CHRISTIAN TOMUSCHAT. "Control abstracto de normas. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa". En ARMIN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (COORD.). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un jus constitutionale commune en América Latina?* t. I. UNAM, Max Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2010, p. 857 y ss., con un agudo enfoque crítico sobre tal fallo.

<sup>54</sup> Ver *BuerFEGE* 89, 155,174, y CARLOS VIDAL, *op. cit.*, nota 21, p. 75 y ss.

<sup>55</sup> CHRISTIAN TOMUSCHAT. "Aller guten Dinge sind III". En *Europarecht*. Heft 4, 1990, p. 340 y ss., cit, por CARLOS VIDAL, *op. cit.*, nota 21, p. 87.

<sup>56</sup> MATTHIAS HERDEGEN. "La internacionalización del orden constitucional". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo, 2010. Año 16, p. 74. El autor cita en especial la *sentencia del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE* 112, 1 (27).

criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, doctrina que lleva a sostener una interpretación *conforme* de la legislación alemana con el Derecho Comunitario y el Internacional (MATTHIAS HARTWIG). De todos modos, la expresión utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán es algo ambigua, porque el mismo Tribunal sostiene que el aludido *Convenio Europeo de Derechos Humanos* tiene rango legal, pero no constitucional, por lo que la Constitución alemana está por encima del Convenio. Aquí subyace un conflicto latente entre una eventual confrontación entre la Constitución y el Convenio, porque desde el punto de vista del Derecho Internacional, recuerda LÜBBE-WOLFF, las cosas son distintas: el derecho de gentes, en efecto, requiere que la Constitución Nacional sea adaptada a las exigencias del Convenio. Es cierto que el Tribunal Constitucional nunca ha negado la posibilidad de que la Constitución sea reformada para someterse al Convenio, alternativa por lo demás mencionada en *Görgülü*; pero mientras eso no ocurra, "no hay actualmente una solución legal", salvo intentar, en la medida de todo lo posible, interpretar la Constitución en armonía con las obligaciones internacionales contraídas por Alemania, entre las que se encuentra el Convenio<sup>57</sup>.

En definitiva, explica MATTHIAS HARTWIG, cuando en la esfera de la Unión Europea surge un conflicto entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional, los tribunales tienden a inaplicar la norma nacional, por el *principio de prevalencia del Derecho Comunitario*. Pero en el área del Consejo de Europa y del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, los jueces no inaplican a una norma alemana por no ser acorde con el Convenio. Sin embargo, aclara dicho autor, felizmente no hay casos graves de confrontación, porque el Derecho alemán, en términos generales, coincide con el Convenio<sup>58</sup>.

#### D. ITALIA

En el marco de la hoy Unión Europea, este país ha sido el escenario donde se planteó la doctrina del caso *Simmenthal*. Su Corte Constitucional se había reservado la competencia exclusiva del poder de sancionar y declarar inconstitucionales a las leyes contrarias al Derecho Comunitario. Por el contrario, como vimos, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), declaró que el control de la legalidad comunitaria no debía estar concentrado en las manos de los jueces de la Corte Constitucional, y que todos los jueces nacionales podían operar

<sup>57</sup> MATTHIAS VER HARTWIG. "Much Ado About Human Rights. The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights". En *German Law Journal*, vol. 6, 2005, p. 869 y ss.; GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *op. y p. cit.*, nota 27. Sobre el caso *Görgülü* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (14/10/2004), ver *BvR* 1481/04. También debe funcionar una interpretación armonizante entre una Ley Nacional y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, adaptando la primera al segundo. Ver JÖRG POLAKIEWICZ. *Die verpflichtungen der Staaten aus den urteilendes Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*. Springer. Berlín, 1993, pág. 360, cit., por CARLOS RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, nota 23, p. 159.

<sup>58</sup> Información suministrada directamente al autor por el Profesor MATTHIAS HARTWIG, del Max Planck Institut de Heidelberg.

como jueces de Derecho Común del Derecho Comunitario. Todos ellos, pues, concluían órganos del orden comunitario, lo que implicaba conferirles de algún modo *roles* de control de convencionalidad. La Corte Constitucional italiana, con posterioridad, se sometió a tal directriz y reconoció, para el juez ordinario, la obligación de aplicar el Derecho Comunitario y de inaplicar toda disposición contraria de la legislación nacional<sup>59</sup>. En otro estadio posterior, la Corte Constitucional ha admitido su intervención directa para eliminar como inconstitucionales a ciertas normas internas opuestas al Derecho Comunitario.

En el Derecho italiano ha vuelto a replantearse, por su misma Corte Constitucional, el tema de la primacía de los Principios y Derechos Fundamentales de la Constitución relativos a las personas, por sobre el Derecho Comunitario, con la consecuente inconstitucionalidad de las leyes italianas que ordenan ejecutar normas comunitarias violatorias de aquellos principios y derechos; y la posibilidad de que el Derecho Comunitario pueda invalidar cláusulas constitucionales que no refirieran a Principios y Derechos Fundamentales<sup>60</sup>.

El tema de la desaplicación de las leyes nacionales inconvenientes, en este caso por el juez administrativo, es hoy materia de debate en la doctrina italiana, pero también dentro del marco del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>61</sup>.

En definitiva, el lector comprenderá que en Europa no existen criterios uniformes acerca del nivel de prevalencia del Derecho Internacional, Comunitario o no, sobre las reglas constitucionales internas<sup>62</sup>, como tampoco respecto de la ineficacia del Derecho Doméstico frente al primero.

### 3. EVALUACIÓN COMPARATIVA

1. El control de convencionalidad es doble en dos sentidos. Por un lado, puede ser ejercitado (i) por el órgano máximo de un sistema convencional de Derechos Humanos, o Comunitario en general, y también (ii) por los jueces nacionales. Por otro,

<sup>59</sup> Nuevamente sobre los casos *Simmenthal* y *SPA Granital c/ Administration Fiscale de l'État*, ver EVA BRUCE, *op. cit.*, nota 24, p. 24, nota 108. Ver asimismo ALFONSO CELOTTO, "Italia". En JAVIER TAJADURA y de JOSU MIGUEL, *op. cit.*, nota 21, p. 218 y siguientes, con un buen desarrollo sobre las cuatro etapas por las que ha atravesado en este tema la Corte Constitucional italiana.

<sup>60</sup> ALFONSO CELOTTO, *op. cit.*, nota 60, p. 239 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*. Ed. Jovene. Napoli, 2007, pp. 189, 200, 207, *cit.*, por LUIS JIMENA QUESADA, *op. cit.*, nota 32, p. 3, nota 6.

<sup>62</sup> Resulta de interés observar que ciertos autores plantean incluso como exigencia axiológica que, en las democracias liberales, debe existir siempre la posibilidad de limitar el efecto, dentro del Derecho Interno, de "una norma o de un acto derivado del Derecho Internacional que colisiona en forma grave con los principios constitucionales". Cfr. ARMIN VON BOGDANDY, *op. cit.*, nota 7, p. 452. Para un panorama global del tema en el Derecho Europeo, cfr. FRANZ C. MAYER, "Multilevel Constitutional Jurisdiction". En ARMIN VON BOGDANDY y JÜRGEN BAST (ed.). *Principles of European Constitutional Law*. 2ª. ed. Hart y Verlag Beck. Oxford-München-Portland, 2010, p. 399 y ss.

- impone (i) invalidar normas o actos nacionales contrarios al sistema, y además, (ii) hacerlos operar de conformidad al mismo. Naturalmente, con respeto al Derecho (Doméstico o Internacional) más favorable a la persona.
2. En el caso interamericano, el control de convencionalidad ha sido postulado y exigido reiteradamente, en más de una docena de casos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea suya y de los jueces nacionales. Obliga a inaplicar el Derecho Local opuesto al *Pacto de San José de Costa Rica* y a la jurisprudencia de la Corte sobre el mismo, y a hacer funcionar al Derecho Interno conforme a esos parámetros. Al enunciarlo, la Corte no se ha fundado en los precedentes europeos entonces ya existentes y en funcionamiento.
  3. En el caso europeo, sus protagonistas y artífices son dos, aunque con distinta intensidad: a) el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, de las Comunidades Europeas), situado en Luxemburgo, en resguardo del Derecho Comunitario, se habilita a sí mismo y a los jueces nacionales para inaplicar al Derecho Nacional contrario al primero. Es la versión más dura del control de convencionalidad, según el ya emblemático caso *Simmenthal*. b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (llamado también Corte Europea de Derechos Humanos), con sede en Estrasburgo y dentro del Consejo de Europa, practica control de convencionalidad por sí, pero no exige que los jueces nacionales inapliquen el Derecho Local contrario al *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.
  4. En diferentes ámbitos jurídicos europeos se propicia una tendencia evolutiva, y de vez en cuando se la practica, en favor de un control de convencionalidad por los jueces ordinarios, aún dentro del Sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
  5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, más similar por su conformación jurídica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha exigido sin embargo a los jueces nacionales un amplio, fuerte y apremiante control de convencionalidad, más parecido al demandado a los jueces nacionales de los países de la Unión Europea, por el Tribunal de Justicia de dicha Unión. Así, el caso líder *Almonacid Arellano*, de la Corte Interamericana, puede ser visualizado como la versión (tal vez aumentada) hemisférica americana del caso europeo *Simmenthal*. En los dos ámbitos, el juez nacional funciona básicamente como agente u operador del sistema regional respectivo.
  6. En términos comparativos, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está registrando, en particular en los últimos años, y merced de la doctrina del control de convencionalidad, una penetración más acentuada y exigente del Derecho Regional de los Derechos Humanos en los Estados nacionales, que la producida en los medios europeos<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. MATTHIAS HERDEGEN, *op. cit.*, nota 57, p. 76.



Puede concluirse en que, en lo esencial, y tanto en Europa como en el caso interamericano, el control de convencionalidad doble (por las Cortes inter o supranacionales, y por los jueces nacionales) responde a una construcción jurisprudencial que ha realizado una interpretación mutativa por adición a los textos originales que instrumentaron a los tribunales del caso.

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resultado tal vez más precisa en el enunciado de la doctrina del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales, aunque lo ha hecho de modo evolutivo y progresivo, por lo que resulta obligado concordar las sentencias clave que paulatinamente lo han ido delimitando. Al respecto, ha explicitado ciertos mecanismos procesales y sustantivos para verificarlo (actuación a pedido de parte o de oficio, normas sometidas al escrutinio, consecuencias del acto de control), en tanto que ha dejado otras cuestiones parcialmente indefinidas (el punto más preocupante, sin duda, es el de los sujetos que deben llevarlo a cabo: si todos los jueces, como propicia la mayoría de la doctrina especializada, o solamente los habilitados para realizar control de constitucionalidad). Pero en definitiva, puntos oscuros aparte, los jueces nacionales tienen directrices bastante suficientes acerca de qué deben hacer al respecto. Las fórmulas empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algunos aspectos, no han sido tan concretas.
8. Mediante el control de convencionalidad, con su doble *rol* de purificar el sistema en juego de normas y prácticas nacionales opuestas a él, y de guiar el funcionamiento (interpretación y aplicación) de estas últimas según las pautas del sistema inter o supranacional, es factible construir un nutrido *ius commune* regional en Derechos Humanos, realizado conjuntamente por el tribunal u órgano inter o supranacional, y los jueces nacionales. Su éxito depende de dos factores: la legitimidad intrínseca del *ius commune* así elaborado, y la voluntad de seguimiento por parte de los Estados miembros del sistema regional.
9. La idea de un Derecho Internacional, o en su caso, Supranacional o Comunitario, que se imponga automática e irremisiblemente a los derechos nacionales (en particular, a las Constituciones Locales), y cuya primacía tenga que ser implementada siempre y *a fortiori* por los tribunales internos, mediante el control de convencionalidad, no es una tesis que impere de modo concluyente en Europa, por más que haya sido pregonada por los órganos más relevantes de la jurisdicción supranacional o comunitaria allí imperantes. Existen diversas modalidades nacionales para realizar un filtro o *test* de constitucionalidad (en particular, con los tramos más fundamentales de la Constitución), de aquel Derecho Internacional, Supranacional o Comunitario, y de vez en cuando, de las sentencias de aquella jurisdicción europea superior. En el Sistema Interamericano, explícita o indirectamente, en algunos

Estados se plantea una posición precautoria parecida, o incluso, ocasionalmente, de "nacionalismo constitucional absoluto" o rígido (en el fondo, alérgico al control de convencionalidad), aunque en otros el control de convencionalidad reclamado por la Corte Interamericana tiende a ser severo y firme, por encima de las disposiciones constitucionales.

10. Un recurso muy empleado en el Derecho Europeo, en particular en Alemania, Francia y España, es el empleo de la *interpretación "conforme"* del Derecho Nacional, incluyendo el Constitucional, con los Tratados de Derechos Humanos, a fin de evitar la confrontación entre el primero, con los segundos. Tal técnica de adaptación, y de exégesis armonizante, algunas veces casi forzada, puede evitar declaraciones de inconvencionalidad de normas domésticas, o actitudes evasivas de los Convenios por parte de los Estados. Se trata de un mecanismo básicamente funcional, incluso propiciado por la Corte Interamericana en *Radilla Pacheco* y otros veredictos posteriores, y que, inteligentemente aplicado, se muestra provechoso para soslayar choques frontales y resolver con criterio práctico situaciones conflictivas.
11. Queda claro que el control de convencionalidad no se ciñe a la tutela de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, del *Tratado de Lisboa* y sus complementos, o del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, aunque en estos supuestos es más evidente porque hay organismos jurisdiccionales, supranacionales o internacionales, de custodia de esos instrumentos, que dictan resoluciones con pretensiones jurídicas de obligatoriedad. También puede haber control de convencionalidad respecto de otros Convenios, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales, v. gr.
12. El control de convencionalidad interamericano, en materia de derechos económico-sociales, es todavía incipiente, aunque existan significativos avances en materia de derecho de familia, del niño y la mujer, de propiedad comunal aborigen, libertad sindical y derecho a una vida digna, entre otros temas.