

Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: juntos, pero no revueltos!

Gonzalo Aguilar Cavallo⁶⁶

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Control de constitucionalidad. 2.1. Razón de ser del control de constitucionalidad. 2.2. Los modelos de control de constitucionalidad. 3. El juez constitucional como guardián de los derechos humanos. 4. Las relaciones teóricas y prácticas entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. 4.1. La evolución del control de convencionalidad: del ámbito interno a la esfera internacional. 4.2. El sentido de la convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad. 5. Conclusión.

1. Introducción

En el año 2006, en el caso *Almonacid*, por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) formuló la obligación de los Estados parte de efectuar en su orden interno un control de convencionalidad, en los siguientes términos:

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

⁶⁶ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad de Talca, Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, e-mail: gonzaloaguilar@hotmail.com

Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁶⁷

La Corte IDH fundó la obligación estatal de efectuar un control de convencionalidad –en el orden jurídico interno– en las normas y obligaciones que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH), especialmente, en la obligación de adecuar los actos de autoridad –leyes, actos, prácticas jurisprudenciales– a los estándares de la Convención Americana. En efecto, en el caso *Almonacid*, la Corte IDH sostuvo:

“[...] el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención [...]”⁶⁸

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”⁶⁹.

“En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”⁷⁰

⁶⁷ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 124.

⁶⁸ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 121.

⁶⁹ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 123; “[E]l artículo 1.1 de la Convención Americana reviste importancia fundamental en ese sentido”: Corte IDH: *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, par. 140; Corte IDH: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, par. 172.

⁷⁰ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 125.

Con anterioridad a esta sentencia, el juez García Ramírez de la Corte IDH había aludido en sus votos razonados al control de convencionalidad. Sin embargo, el juez interamericano se refería en dichos votos a un control de convencionalidad diferente del mencionado. En efecto, García Ramírez consideraba que la Corte IDH, al cumplir con su obligación de protección jurisdiccional de los derechos humanos, realizaba un control de convencionalidad:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”⁷¹.

Como se observa precedentemente, el juez interamericano no aludió a un control de convencionalidad en el orden interno como lo hizo la Corte en el caso *Almonacid*.

Más adelante, con posterioridad al caso *Almonacid*, el juez García Ramírez, en sus votos razonados, profundiza sobre el control de convencionalidad, incorpora el concepto de control de convencionalidad en el orden interno e intenta hacer cierto paralelismo con el control de constitucionalidad. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* de Noviembre de 2006, sostuvo:

“[E]l control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional

⁷¹ Corte IDH: Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 3; Corte IDH: Caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, par. 30.

del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).”

[...]

“Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”⁷².

Esta línea de razonamiento, es seguida por otros votos razonados, tales como el del juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010.⁷³

El debate en torno al control de convencionalidad se ha gestado en América Latina a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad, como doctrina, da lugar a diversas interrogantes y, en cierta medida, confusiones. Una de las confusiones más frecuentes es el intento de asimilación del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad. Por lo tanto, uno de los primeros pasos a seguir será definir los rasgos principales del denominado control de constitucionalidad. El control de convencionalidad que la Corte IDH predica se refiere primordialmente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque, como se sabe, este control opera también respecto de otras normas convencionales⁷⁴. En este sentido, el control de convencionalidad planteado por la

⁷² Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de Noviembre de 2006, par. 4 y 12.

⁷³ Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, del 26 de Noviembre de 2010.

⁷⁴ “[A]l referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada,

Corte IDH exige especialmente al juez nacional velar por el respeto de las disposiciones convencionales en la esfera doméstica de los Estados. De este modo, el juez nacional se erigiría como el juez común de derechos humanos. Lógicamente, la pregunta siguiente es ¿Cuál es la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad?

2. Control de constitucionalidad

En un Estado de derecho, el principio de control es inherente a cualquier ejercicio del poder. En el caso del ejercicio del poder público, el control constituye un principio de valor constitucional. El principio del control está vinculado al principio de separación de poderes, de Estado de derecho y de Estado democrático, con controles y contrapesos. El control de los actos de unos órganos por otros es esencial para mantener el equilibrio de poderes, evitar las derivas absolutistas y limitar, regular y encauzar el ejercicio del poder.⁷⁵ Así, por ejemplo, el control es indispensable y útil, en el ámbito del buen funcionamiento de los servicios de la administración activa. El control sobre los actos de la administración del Estado puede ser jurisdiccional o por instituciones en el seno de la misma administración del Estado que cumplen, precisamente, una función de control⁷⁶.

Con el advenimiento del Estado constitucional, la norma de referencia limitadora, reguladora y encauzadora del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado pasaría a ser la Constitución. En este estadio del desarrollo del Estado constitucional democrático se entiende que la Constitución ocupa la cúspide en el edificio jurídico nacional y constituye la expresión máxima de la soberanía.⁷⁷ Igualmente, en este proceso evolutivo y como consecuencia

etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de Noviembre de 2006, par. 2.

⁷⁵ “[...] la división tripartita de Montesquieu tiene por objetivo inmediato la estructuración del poder de modo que él se constituya en freno de sí mismo, la separación de poderes ciertamente no es solo un sistema de controles recíprocos entre las varias ramas y, por tanto, no se agota con él. [...] el propósito fundamental es en la contención del poder; que esa contención exige ante todo una clara precisión de competencias y una puntual delimitación de ámbitos y, que el control de unos órganos por otros es simplemente un medio para hacer efectivas dichas contención y delimitación.” ESQUERRA PORTOCARRERO en SANJIN RESTREPO (2006), pp. 81-89, especialmente, p. 81; “En máximo grado se desempeña una Corte Constitucional como voz de la Constitución cuando controla actos reformativos a esta Carta.” HERDEGEN en SANJIN RESTREPO (2006), pp. 65-80, especialmente, p. 77.

⁷⁶ CHAPUS, p. 441.

⁷⁷ “La figura de la revisión, control, fiscalización o examen de la constitucionalidad de las leyes se debe a la idea de que la soberanía reside en la Constitución y no en el parlamento.” PEREIRA

directa de la atribución de significado normativo a la Constitución, se atribuiría a los jueces la función de control de constitucionalidad de las leyes —es decir, de la conformidad de estas últimas a la Constitución.⁷⁸ El reconocimiento del principio de supremacía jurídica de la Constitución, donde el control de constitucionalidad de las leyes es uno de sus signos más importantes, constituye uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX.⁷⁹ Con todo, la atribución al juez de esta función de control constitucional de la ley revivirá, como se verá, las tensiones entre constitucionalismo y principios democráticos.

2.1. Razón de ser del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de los actos de autoridad atribuido a los jueces forma parte de la cadena jurisdiccional de control de los actos de autoridad, particularmente, de las leyes. El control jurisdiccional busca que estos actos se ajusten a Derecho. En el caso del control de constitucionalidad se persigue principalmente asegurar la conformidad de las leyes a la Constitución. Como se verá, a esta función original del control de constitucionalidad se le han ido agregando otras funciones tan importantes como la protección de los derechos humanos.

Algunos autores adelantan que el control de constitucionalidad forma parte del proceso legislativo, es decir, del proceso establecido por la Constitución para la creación de normas legales. Por ejemplo, Sanjín Restrepo cita al profesor Herdegen, quien señala que “en la Alemania de hoy, a pesar de la retórica doctrinal, el control de constitucionalidad hace parte integral del proceso legislativo”.⁸⁰ En cierta medida, el desarrollo de un control de constitucionalidad de la ley implica una forma de poner en duda la producción legislativa.⁸¹

Sin embargo, Sanjín Restrepo afirma que en un Estado constitucional la obra del legislador y la del juez constitucional son completamente distintas. “La ley es la tarima técnica para el desarrollo de la Constitución, aun la protección de derechos fundamentales por vía legislativa, si bien es una poderosa e insustituible defensa, deja abierta gigantescas brechas donde no le es dado al legislador —en su papel principal de representación— llevar a cabo la filigrana

MUNAUT (2006), p. 216.

⁷⁸ RUBIO LLORENTE (2011), p. 41.

⁷⁹ FERRER MAC-GREGOR (2010), pp. 151-188, especialmente, pp. 157-158.

⁸⁰ SANJIN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 105.

⁸¹ «[L]e contrôle de constitutionnalité pèse sur la légitimité même de la loi, devenue discutable puisque discutée. Le développement d'un contrôle de constitutionnalité des lois entraîne nécessairement une forme de mise en doute de la production législative. L'atteinte est directement consommée lorsque le contrôle porte sur la qualité même de la loi.» MOLFESSIS (2008), pp. 87-100, especialmente, p. 98.

de los principios y hacer una lectura concreta y deontológica de la Constitución. De otro lado, el juez constitucional está parado al pie de un caso concreto que sirve de prisma, que descompone e ilumina los entresijos de los derechos en su crudo acontecer social o bien ante el cotejo valorativo entre la Constitución y una ley⁸².

Si se acepta que el control de constitucionalidad forma parte del proceso legislativo, aparece la crítica, bastante antigua, en contra de la intervención de un órgano jurisdiccional que controle la creación democrática de la ley.⁸³ Frecuentemente se ataca esta función de control jurisdiccional constitucional porque el legislador democrático queda sujeto a las decisiones de un poder que carece de legitimidad democrática directa. Esta crítica refiere al denominado argumento contramayoritario. En términos generales, la crítica se funda en que este órgano adolece de un déficit democrático ya que no ha sido elegido por el pueblo—como sí es el caso del parlamento—, para que, en representación de ese pueblo, cree sus normas legales⁸⁴. El parlamento, representante de la voluntad soberana, goza de una legitimidad democrática para crear las leyes que regirán a la comunidad.

No obstante, no hay que olvidar, como señala Carcassone, que la democracia no se reduce a la soberanía sino que supone que el ejercicio de esta soberanía se haga dentro del marco de un estado de derecho y en el contexto de la sumisión de todos al Derecho.⁸⁵ En esta línea, compartimos la opinión de Sanín Restrepo, cuando—refiriéndose al argumento contramayoritario— sostiene que “los defensores del argumento se escudan, —no todos en la buena fe que otorga la ignorancia— en una visión de la democracia estéril y anacrónica que bien puede ser anterior a la Segunda Guerra Mundial; a quienes sostienen esta posición podemos llamarlos ‘pseudo-democratas’”.⁸⁶ En este sentido, conviene recordar, como hace Rubio Llorente, que “[t]ras las experiencias vividas en la primera mitad del siglo XX, se ha entendido que la preservación de la libertad, y con ella de la democracia misma, requería entender la Constitución como norma jurídica cuya interpretación ha de quedar en manos de los jueces”.⁸⁷

La experiencia en los ordenamientos constitucionales comparados

⁸² SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 105; SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 46.

⁸³ “De Gaulle lui-même, qui pourtant l’a créée, était réputé avoir dit: «En France, la Cour suprême, c’est le peuple», signifiant par là que ce dernier seul pouvait être en droit de sanctionner la loi à travers ses auteurs.» CARCASSONE (2011), p. 285.

⁸⁴ “La justicia constitucional está en un estado de propensión constante hacia la desestabilización de la democracia.” SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 92.

⁸⁵ CARCASSONE (2011), p. 285.

⁸⁶ SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 92.

⁸⁷ RUBIO LLORENTE (2011), p. 41; Para una visión crítica sobre el rol del juez en materia de derechos fundamentales, vid. BORDALU SALAMANCA (2011), pp. 56-71.

ha sido un desarrollo hacia la expansión del control de constitucionalidad de las leyes como un indicador determinante de un Estado democrático. De esta manera, más y mejor democracia ha significado más y mayor primacía del Derecho. El juez, especialmente el juez constitucional, ha permitido la real atribución de significado normativo a la Constitución, amparando eficazmente al individuo y la comunidad en sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. El control de constitucionalidad ha operacionalizado la Constitución. En efecto, ha liberado al juez de las ataduras de un formalismo legal extremo y ha desfigurado la decimonónica visión del juez como *la bouche qui prononce les paroles de la loi*. La afirmación del primado del Derecho ha diluido las viejas ataduras de una lectura estricta, rígida y estéril del principio de separación de las ramas de poder y de la subyugación o sometimiento hermenéutico del juez.⁸⁸

Se podría decir que “[e]l control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas.”⁸⁹ El control de constitucionalidad así planteado se erigiría como una garantía constitucional. Sin estas garantías constitucionales, el Derecho Constitucional tendría que ser un Derecho del “principio de legalidad”, pero no podría ser un Derecho del “principio de constitucionalidad”.⁹⁰ De acuerdo con esto, se observa que el control de constitucionalidad responde al principio de constitucionalidad o de supremacía constitucional.⁹¹ De esta forma, la vinculación entre control normativo y Estado constitucional ha sido correctamente resaltada por el profesor Cazor al señalar que “la relación entre control y Estado constitucional puede ser determinada desde una doble perspectiva. Por una parte, el control es el núcleo central del Estado constitucional; a su vez, por la otra, el control encuentra su parámetro jurídico en lo constitucionalmente adecuado, que está determinado, principalmente, por los valores y principios que definen el *telos* constitucional”.⁹²

Así, Silva Irarrázaval ha sostenido que “[e]l control de constitucionalidad es el procedimiento por el cual se censura la norma o el acto inconstitucional, y es un mecanismo indispensable para garantizar la eficacia real de la Constitución como norma suprema.”⁹³ Por su parte, Pérez Royo ha mencionado que “en la propia lógica del ordenamiento jurídico y de la posición de la Constitución como punto de partida del ordenamiento jurídico ya implícita la posibilidad o, mejor dicho, la necesidad de que exista un mecanismo para expulsar del or-

⁸⁸ SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 95.

⁸⁹ DE STEFANO, pp. 1-6, especialmente, p. 1.

⁹⁰ PÉREZ ROYO (2005), pp. 145-146.

⁹¹ SILVA IRARRÁZAVAL (2009), p. 30.

⁹² CAZOR ALISTE (2002), p. 23.

⁹³ SILVA IRARRÁZAVAL (2009), p. 24.

denamiento cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución.”⁹⁴ En consecuencia, el control judicial de la constitucionalidad de las normas implica un reconocimiento efectivo de que la Constitución es una norma jurídica de eficacia real e inmediata y que esta norma jurídica es superior jerárquicamente hablando a la norma legal. De este modo, el control de constitucionalidad surge asimismo como un sistema o mecanismo de solución de conflicto de normas de diferente rango jerárquico o que ocupan posiciones diferentes en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico nacional. Así, las soluciones que este mecanismo de resolución de conflictos de normas pueda aportar dependen de si las normas en conflicto emanan o nacen del mismo orden jurídico nacional o de si emanan del orden jurídico internacional, y han sido incorporadas al derecho interno y ubicadas en una particular posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Los mecanismos de control de constitucionalidad están originariamente vinculados a la existencia de una constitución escrita.⁹⁵ El control de constitucionalidad, inicialmente anclado en el texto de la respectiva constitución, se ha ampliado progresivamente hacia un control constitucional que, además de la regla constitucional, incluye los principios y valores que, en ocasiones, no se encuentran explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. El principal de estos valores y principios es el de la dignidad humana y de la protección de los derechos humanos.

A continuación, veremos brevemente cómo el control jurisdiccional de la Constitución surgió en Estados Unidos —dando lugar al denominado control difuso—, aun cuando algunos autores señalan que se pueden encontrar indicios de este control de constitucionalidad en la Inglaterra del siglo XVII.⁹⁶ Posteriormente, este control se expandió a Europa, dando lugar al denominado control concentrado de constitucionalidad. Sobre estos dos modelos, García

⁹⁴ PÉREZ ROYO (2005), p. 150.

⁹⁵ PEREIRA MENAUT, (2006), p. 216.

⁹⁶ En el caso del Dr. Thomas Bonham “de 1610 se inaplicó, por el juez presidente de la Court of Common Pleas (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), una ley por contravenir los principios del *common law*, es decir, los principios superiores que se crean por la fuerza de los precedentes de los tribunales. Coke tiene en consideración varios precedentes judiciales para establecer la doctrina por la cual los principios del *common law* se encuentran por encima de los actos del Parlamento, de donde deriva la posibilidad de los jueces de controlar las leyes cuando sean contrarias a tales principios y a la razón, pudiendo declararse inválidas en ciertas circunstancias.” FERRER MAC-GREGOR: “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FINE-ZANU-DIO Y VALADÉS (2010), pp. 151-188; “Pueden rastreadse precedentes en Inglaterra antes de 1688, en las colonias, en las discusiones de la Convención Constituyente norteamericana de 1787 y en la revolución Francesa, poco más tarde. Pero puede afirmarse que la actual revisión de la constitucionalidad de las leyes, aunque no contemplada expresamente en la Constitución de 1787, nació en los Estados Unidos en 1803 de la mano del juez John Marshall, presidente del Tribunal Supremo, en el famoso pleito del juez de paz William Marbury contra James Madison, a la sazón Secretario de Estado del presidente Jefferson.” PEREIRA MENAUT (2006), p. 216.

Ramírez ha afirmado que “el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).”⁹⁷

2.2. Los modelos de control de constitucionalidad

El control difuso de constitucionalidad significa que todos los jueces, cualquier juez de cualquier nivel, se transforman en un juez constitucional.⁹⁸ Así, cuando esté conociendo de un litigio, en el ámbito de sus competencias y enfrenta un conflicto o disconformidad entre una norma legal y la Constitución, dicho juez debería hacer primar la Constitución como norma suprema. Al control difuso se le agrega el adjetivo de control incidental ya que este control se produce a propósito o con ocasión de un juicio o proceso judicial vigente.⁹⁹ Este sistema de control de constitucionalidad es conocido como el modelo americano ya que se reconoce su origen en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En efecto, el principio de control judicial de constitucionalidad de las normas junto con el principio de supremacía constitucional fue explicitado por el juez Marshall en Estados Unidos. El Juez Marshall expuso en 1803 en el caso *Marbury v. Madison* el principio de supremacía constitucional de la siguiente manera: todos aquellos que han diseñado constituciones escritas consideran que éstas constituyen la ley fundamental y primordial de la nación y consecuentemente, la teoría de cada uno de estos gobiernos debe ser que un acto del legislativo no conforme a la constitución es nulo.¹⁰⁰ Aquí surge el principio del control judicial de las normas (*judicial review*) y el mismo del control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, bajo el modelo americano de justicia constitucional no hay distinción entre justicia

⁹⁷ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 4.

⁹⁸ SANIN RESTREPO: “*Stare decisis*: variaciones sobre un tema inconcluso”, en SANIN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 93.

⁹⁹ “El modelo americano puede definirse como de control judicial difuso. El último adjetivo quiere decir que no está concentrado en un solo tribunal, sino que todo juez es competente para inaplicar en todo o en parte una ley alegada ante él en el curso de un pleito.” PEREIRA MENAUT (2006), p. 220.

¹⁰⁰ “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.) (1 del A.)

constitucional y justicia ordinaria ya que los tribunales en su conjunto son aptos para asegurar la protección de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, incluso contra las leyes.¹⁰¹

A partir del razonamiento del Juez Marshall, en la época contemporánea se podría decir que el respeto de los derechos humanos es el deber principal y primordial de la nación y del pueblo, y esto último debería ser considerado como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. En consecuencia, un acto del poder legislativo o constitucional, que repugne los derechos humanos, sería nulo. Intentar controvertir en el constitucionalismo contemporáneo el principio de que los jueces estatales deben considerar los derechos humanos como el derecho supremo o superior, equivaldría a sostener, parafraseando a Marshall, que el derecho de los derechos humanos impone límites a los “órganos del Estado, pero que esos límites pueden ser transgredidos a discreción”.¹⁰²

Sanín Restrepo hace la conexión entre el control difuso de constitucionalidad, la tradición anglosajona y el principio del *stare decisis*, al sostener que “[e]l control difuso parece ser el resultado natural y obvio de la tradición anglosajona orientado primordialmente por el principio del *stare decisis*, entendido en una primera aproximación como: 1) la obligación de un tribunal o juez de acatar los principios construidos por las cortes superiores de su respectiva jurisdicción, (precedente vertical) y, 2) la obligación que tiene una Corte o juez de acatar sus propios precedentes judiciales (precedente horizontal).”¹⁰³

En el caso del control concentrado de constitucionalidad –típicamente europeo– la eficacia real de la Constitución como norma suprema es garantizada por un órgano jurisdiccional único –el tribunal constitucional– especializado en este objeto y que, a la sazón, se erige como el intérprete final y supremo de la Constitución, en cuanto norma jurídica.¹⁰⁴

¹⁰¹ Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux: “sont assurées tant par la justice constitutionnelle que par la justice ordinaire, du moins dans les pays qui ont adopté le modèle américain de justice constitutionnelle. En effet, aux États-Unis et dans les États qui ont suivi leur modèle, les tribunaux dans leur ensemble, sont aptes à assurer la protection des droits fondamentaux constitutionnels y compris contre les lois: il n’y a donc pas de distinction entre justice constitutionnelle et justice ordinaire. C’est la Cour suprême –qui est, comme on le sait, unique – qu’il revient d’harmoniser l’ensemble des prises de position des tribunaux inférieurs, qui peuvent être très différentes.” FAVOREU (2007), p. 147.

¹⁰² “Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. [...] It is prescribing limits and declaring that those limits may be passed at pleasure.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.).

¹⁰³ SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 93.

¹⁰⁴ Sanín Restrepo ha señalado que “el control concentrado, típicamente europeo, supone la exis-

Como es bien sabido, la jurisdicción constitucional concentrada, tipo europea, respondía a la idea Kelseniana de control respecto de las fuentes formales que creaban el derecho, en este caso, la Constitución como norma escrita.¹⁰⁵ Se trataba de velar por la sujeción de la ley a la Constitución entendida como norma suprema del ordenamiento.

Los tribunales constitucionales son “órganos especiales concebidos para revisar la constitucionalidad de las leyes –aunque luego desempeñen más funciones–, que ejercen una jurisdicción concentrada y especializada. No juzgan conforme al derecho, sino con arreglo a la Constitución, en lo cual se diferencian de los tribunales propiamente judiciales.”¹⁰⁶ Además, los tribunales constitucionales, en palabras de García Ramírez, “tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado.”¹⁰⁷

El sistema concentrado de control constitucional nace precisamente en países que “carecen del principio del *stare decisis*, esencialmente porque no hacen parte de la tradición del *common law*, explicándose así el por qué del surgimiento de abundantes tribunales constitucionales en la Europa de la segunda posguerra, cuyas decisiones tienen efecto *erga omnes* por vía de autoridad constitucional, pero cuya interpretación de la Constitución, en principio no es vinculante.”¹⁰⁸

Este control judicial de constitucionalidad, normalmente debiera ser compartido a través de un control no jurisdiccional por el resto de los órganos del Estado puesto que todos aquellos órganos a quienes les incumbe de una u otra manera la interpretación y aplicación de normas debieran sujetarse al principio de jerarquía normativa, de tal manera de consolidar la coherencia del sistema normativo, remitiéndose a la norma o principio supremo en el or-

tencia de un único órgano donde confluye la totalidad del control constitucional excluyendo al resto de la judicatura.” SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 93.

¹⁰⁵ «Au départ, Kelsen n’avait pas envisagé la protection des droits fondamentaux comme une fonction de la justice constitutionnelle.» FAVOREU (2007), p. 147.

¹⁰⁶ PEREIRA MENAUT (2006), p. 223.

¹⁰⁷ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 4.

¹⁰⁸ SANÍN RESTREPO (2006), pp. 91-118, especialmente, p. 94.

den estatal.¹⁰⁹ En este sentido, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional “ejerce el control de supremacía con alcance sólo relativamente concentrado, porque también incumbe servirlo a los Tribunales Superiores en los recursos de habeas corpus y de protección, a la Contraloría General de la República a través del control de juridicidad de ciertos actos administrativos, y al Senado junto con la Cámara de Diputados mediante la acusación en juicio político y el rol tanto de las comisiones como de las salas en idéntico sentido.”¹¹⁰

El control de constitucionalidad, rasgo distintivo del constitucionalismo contemporáneo, ha evolucionado a través de los años. Del mismo modo, la función del juez constitucional ha evolucionado y se ha expandido. La importancia del juez constitucional en relación con la protección de los derechos humanos aumenta según se incrementa la primerísima relevancia de los derechos humanos en la Constitución. Como se verá, este aumento de la relevancia constitucional de los derechos humanos, incorporando derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales a través del bloque de constitucionalidad, potencia la figura del control de convencionalidad.

3. El juez constitucional como guardián de los derechos humanos

En el mundo contemporáneo, el Estado de derecho significa, a lo menos, respeto de la ley, respeto de la Constitución y sobretodo y en primer lugar, respeto y garantía de los derechos humanos. La evolución del Estado de derecho en una sociedad democrática va de la mano con el desarrollo del Derecho constitucional y la evolución del constitucionalismo. Del mismo modo, el proceso evolutivo seguido por el Estado de derecho ha marcado la evolución de la función jurisdiccional y, singularmente, de la jurisdicción constitucional especializada.

El examen originalmente propuesto por Kelsen de conformidad de la ley a la Constitución –entendida como constitución formal–, evolucionó sustancialmente después de la Segunda Guerra Mundial debido a una serie de avances que fueron ocurriendo en relación con los derechos humanos y las garantías constitucionales.

En primer lugar, la incorporación creciente de catálogos de derechos humanos al texto constitucional. En segundo lugar, como en Francia, la ampliación de la protección constitucional a catálogos de derechos que se encuentran fuera del texto mismo de la Constitución y a los cuales la Constitución

¹⁰⁹ La supremacía constitucional en Chile significa que la Constitución en sede jurisdiccional se aplica al caso con preferencia a cualquier otra norma jurídica que sea incompatible con ella. Esto presupone que los preceptos constitucionales se aplican directamente por el juez, y no a través de ulteriores desarrollos legales o reglamentarios.” SILVA IRARRÁZAVAL (2009), p. 36.

¹¹⁰ CEA EGAÑA (2007), pp. 1-48, especialmente, p. 4.

hacia expresa referencia o los jueces constitucionales mismos extendían la protección constitucional.¹¹¹ La teoría ha denominado a este mecanismo el bloque de constitucionalidad.¹¹² En tercer lugar, como en el caso de Latinoamérica, la ampliación de la protección constitucional a derechos humanos que se encuentran enlistados en instrumentos internacionales de derechos humanos, ya sea por una referencia genérica, a través de clausulas de apertura, o por expresa referencia constitucional, mencionando explícitamente los instrumentos internacionales de derechos humanos que merecían protección constitucional.¹¹³ En este último caso, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ocupan un lugar de relevancia. Una cuarta etapa en este proceso es el alargamiento del catálogo de derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales mismos. Esta tendencia, es más marcada en el continente africano y americano, de la cual la reciente constitución de Kenia¹¹⁴ o de República Dominicana,¹¹⁵ es un ejemplo.

Por último, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha desarrollado la tendencia hacia la construcción de una clausula constitucional y de una práctica jurisprudencial que indica que los derechos humanos reconocidos en la Constitución deberían interpretarse armónicamente con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y particularmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, el constitucionalismo del siglo XXI es un constitucionalismo de los derechos humanos, concepto que permea la idea nacional de la soberanía estatal. De esta manera se habla incluso de un Estado postnacional.¹¹⁶ La Constitución moderna –ampiamente acogedora de los derechos humanos– se expande e irradia todo el ordenamiento jurídico y alcanza a todos los actores del mismo. En efecto, el

¹¹¹ «Le légicentrisme républicain avait laissé cette prescription incomplète en raison du dogme de la souveraineté de la loi; la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'a réalisée en faisant entrer le Préambule dans le droit positif et en proclamant que «la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution» AVRIL (2008), pp. 5-16, especialmente, p. 13.

¹¹² «Le Conseil a peu à peu étendu son champ de référence et formé ainsi ce que Claude Eheri, le premier (RDP, 1970, p. 608), a formellement baptisé un *bloc de constitutionnalité*, tandis que le mérite de le faire connaître est revenue à Louis Favoreu.» CARRASSONE (2011), p. 286.

¹¹³ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 10; Vid. Artículo 75, Constitución argentina de 1994; Artículo 23, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000; Artículo 74, Constitución de la República Dominicana de 26 de enero de 2010; Artículo 5, Constitución Política de la República de Chile de 1980.

¹¹⁴ Vid. Chapter Four: The Bill of Rights. The Constitution of Kenya, 2010.

¹¹⁵ Vid. Título II: De los derechos, garantías y deberes fundamentales. Constitución de la República Dominicana votada y proclamada por la Asamblea Nacional en fecha 26 de enero de 2010.

¹¹⁶ Vid. VON BOGDANDY (2011), pp. 313-337.

constitucionalismo de los derechos humanos irradian todo el ordenamiento jurídico, no sólo el derecho que involucra una actuación directa del órgano público o de sus agentes sino también el derecho que regula las relaciones jurídicas entre privados.¹¹⁷

En efecto, en el constitucionalismo contemporáneo, las normas internacionales convencionales de derechos humanos ratificadas por el Estado se erigen como una pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional.¹¹⁸ En esta tendencia, se encuentra implícito el principio rector de que las normas internacionales de derechos humanos establecen un estándar mínimo de protección del ser humano, definido de manera uniforme para todos los Estados obligados, como un mínimo común denominador.¹¹⁹ En este sentido, ha aumentado notablemente el rol que cumplen los derechos humanos enunciados en tratados internacionales en el ejercicio de la función de control jurisdiccional de constitucionalidad. Así, en el ámbito europeo, Cohen-Jonathan ha afirmado la tendencia general en todos los Estados partes de la Convención Europea a aplicar cada vez más la Convención en su realidad jurisprudencial.¹²⁰

¹¹⁷ «[A]lors qu'au plan international la Convention [européenne des droits de l'homme] s'applique, à titre principal, aux relations entre les individus et les États, rien n'interdit au juge national d'en faire application aux contentieux interindividuels. Comme le note le professeur Coussirat-Coustère, «la Convention fait partie de la légalité que le juge doit respecter et, par conséquent, l'effet direct des droits garantis est autant vertical (contentieux de droit public) qu'horizontal (contentieux de droit privé)» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 43; COUSSIRAT-COUSTÈRE: «Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effet direct», en *La Convention européenne des droits de l'homme* (1992); PEREIRA MENAUT (2006), p. 289.

¹¹⁸ «Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución "constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce", de suerte que habrán de tomarse en consideración "para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que (...) ha reconocido nuestra Constitución" [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)].» Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6.

¹¹⁹ Por ejemplo, en relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional español ha señalado que "claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno." Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6; «La Convention Européenne des droits de l'homme (tout comme le Pacte international sur les droits civils et politiques) n'impose donc pas aux États d'introduire dans leur droit interne des règles juridiques identiques sur les droits de l'homme: elle institue simplement un minimum de protection, qu'elle définit de façon uniforme pour tous les États contractants, et atteint son objectif en harmonisant les ordres juridiques nationaux en fonction de ce standard minimum.» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 41.

¹²⁰ COHEN-JONATHAN (1995), p. 53.

Asimismo, el desarrollo de un control jurisdiccional de constitucionalidad por vía incidental ha estimulado el rol de los derechos humanos en la jurisdicción constitucional. En nuestra opinión, el control de constitucionalidad ha adquirido en el siglo XXI un sello marcadamente de protección de los derechos humanos.¹²¹ Como se ha dicho, en forma creciente, en casos de derechos humanos, aparecen en el orden interno, dos o más regímenes que concurren a la definición de los derechos humanos. En estos casos, el juez constitucional está llamado a cumplir un rol fundamental de articulación y ponderación entre los diversos regímenes de derechos que le permita determinar y preferir -en cada caso concreto- el enunciado de derechos más favorable y protector para el individuo o grupo.¹²² El juez constitucional no ha perdido sus atribuciones originales, continúa con el control de constitucionalidad de la ley y con su rol de árbitro en las disputas entre poderes, pero, contemporáneamente sobresale notoriamente como un juez de los derechos humanos, llamado -en su caso- a articular y ponderar la aplicación de normas internacionales convencionales de derechos humanos cuando contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución.¹²³ Quizás por esta razón, en Estados que voluntariamente han aceptado las obligaciones derivadas de convenios internacionales de derechos humanos y se han sometido a un control jurisdiccional internacional de los derechos humanos, sería altamente aconsejable un diálogo más fluido entre el juez constitucional y el juez internacional de los derechos humanos.¹²⁴

¹²¹ «La protection des droits fondamentaux est désormais tellement associée à l'institution de la justice constitutionnelle—depuis notamment que la Cour suprême des États-Unis est apparue comme un défenseur des droits et libertés au cours des années d'après-guerre—que l'on a tendance parfois à en faire la fonction essentielle sinon exclusive de ladite institution.» FAVOREU (2007), p. 147.

¹²² El Tribunal Constitucional español ha señalado que "Los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance." Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6.

¹²³ El problema con este bloque de constitucionalidad, formado de un conjunto de reglas y principios no figurando todos explícitamente en la Constitución, es que hace sospechoso al Consejo de dominar a su gusto el denominado bloque de constitucionalidad y hacer temer el espectro del gobierno de los jueces. Sin embargo, Carcassone rápidamente resalta que el Consejo toma mucho cuidado de siempre fundar sobre un texto los principios que él utiliza. CARCASSONE (2011), p. 287.

¹²⁴ «Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados

dencia internacional del respectivo instrumento jurídico implica desactivarlo y privarlo de todo efecto útil.¹²⁸ En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en un “denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo.”¹²⁹

Las normas de un tratado internacional son directamente aplicables o *self-executing* en la medida que no requieran una complementación o medidas adicionales de especificación en derecho interno para ser esgrimidos en juicio por un justiciable ni para que el juez nacional se pronuncie sobre ellas.¹³⁰ Para que este tipo de normas sean directamente aplicables se requiere que sean suficientemente precisas.¹³¹ Las normas internacionales de derechos humanos gozan en general de una presunción de aplicabilidad directa.¹³² De esta manera, se habla de efecto directo cuando la norma internacional de derechos humanos confiere al justiciable un título jurídico para actuar y al juez nacional un título jurídico para pronunciarse sobre el respectivo derecho.¹³³ Se sostiene que la extensión y la intensidad real y práctica del efecto directo de las normas contenidas en el instrumento internacional de derechos humanos -ratificado por el Estado en el ámbito interno- dependerá de la atribución de una superioridad jerárquica en el ordenamiento doméstico.¹³⁴ El rango jerárquico de los instrumentos de derechos humanos en el orden interno depende de la solución constitucional nacional que se haya adoptado y, en este sentido, hay una diversidad variopinta de soluciones constitucionales.¹³⁵ Si la esfera de protección

¹²⁸ MABAKA (2000), pp. 11-42.

¹²⁹ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6.

¹³⁰ «L'impact d'un droit reconnu par une disposition internationale est d'autant plus grand que cette dernière est directement applicable ou *self-executing*: l'individu peut alors l'invoquer directement devant les juridictions internes, tant à l'encontre de dispositions normatives du droit interne que d'actes individuels.» SUDRE: “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”, en CABRILLAC (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 40.

¹³¹ SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 42.

¹³² «La règle internationale protectrice des droits de l'homme n'est pas une règle internationale comme les autres: elle n'est pas soumise au principe de réciprocité et elle bénéficie d'une présomption d'applicabilité directe.» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, pp. 39 y 42.

¹³³ «L'effet direct a ainsi pour conséquence essentielle de conférer au justiciable un titre à agir et au juge national titre à statuer.» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 43.

¹³⁴ «[O]n doit convenir que la raison principale de l'incorporation est de permettre aux normes de la Convention européenne de déployer un certain nombre d'effets juridiques en droit interne. Or, l'intensité de ces effets va dépendre non seulement de son applicabilité directe mais aussi du rang hiérarchique qui lui sera reconnu au sein de l'ordonnement juridique.» MABAKA (2000), pp. 11-42, especialmente, p. 30.

¹³⁵ «De même, le rang de la Convention dans l'ordre juridique interne, lorsqu'elle y est incorporée, est variable puisque déterminé par les solutions constitutionnelles nationales: rang supraconstitutionnel ici (Pays-Bas), constitutionnel là (Autriche), infraconstitutionnel mais supralégislatif ailleurs (Belgique, Grèce, Suisse, Espagne) ou simplement législatif pour d'autres États (Allemagne,

Con el advenimiento del Estado constitucional de los derechos humanos, las normas de referencia, limitadora, reguladora, encauzadora, orientadora e inspiradora del ejercicio del poder estatal serían los derechos humanos. En este sentido, los poderes del órgano legislativo y del constituyente están definidos y demarcados por límites formales y materiales. Los límites materiales están constituidos por los derechos humanos.¹²⁵ Si el legislador o el constituyente tuvieron poderes ilimitados, la distinción entre gobiernos absolutos y democráticos quedaría abolida. Legislador y constituyente son ambos productores de normas y, en esta actividad, ambos están limitados por los derechos humanos. Por esta razón, existe coincidencia, entre las diversas expectativas posibles de la jurisdicción constitucional en los países occidentales, en reconocer a los jueces constitucionales –en el ejercicio de su función de control– “como último guardián de los derechos fundamentales”.¹²⁶

Desde el punto de vista jurisdiccional, el efecto irradiación de la Constitución implica la utilización de la Carta Fundamental como un parámetro de control no sólo por parte del juez constitucional propiamente tal, sino por el juez ordinario o todo órgano que ejerza la función jurisdiccional. En consecuencia, en el contexto del constitucionalismo de los derechos humanos, el juez interno en el ejercicio de sus competencias, al cumplir con su función enmarcada en la Constitución, se transforma en un juez de derecho común de los derechos humanos.¹²⁷

Para dar debido cumplimiento a este rol constitucional, el juez nacional debiera aplicar el catálogo constitucional de derechos fundamentales ampliado por las obligaciones internacionales convencionales en derechos humanos asumidas por el Estado junto con la interpretación jurisprudencial que el órgano jurisdiccional internacional competente ha realizado de los derechos humanos contenidos en el respectivo instrumento internacional de derechos humanos. Afirmar que el juez nacional no está obligado a utilizar la jurisprudencia

por la Constitución española.” Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6.

¹²⁵ “Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.” CANÇADO TRINDADE (2006), p. 30.

¹²⁶ A pesar de todas las divergencias, existen perspectivas comunes. Consideramos a nuestras Cortes Constitucionales no como voz auténtica de la Constitución sino como autoridad máxima en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones. Coincidimos en reconocer a la Corte Constitucional como último guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos.” HERDEGEN (2006), pp. 65-80, especialmente, p. 65.

¹²⁷ «Le juge interne est le juge de droit commun de la Convention internationale d'effet direct: c'est à lui, au premier chef, qu'il appartient d'assurer la sanction du droit garantie par la Convention européenne des droits de l'homme ou le Pacte international sur les droits civils et politiques.» SUDRE: “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”, en CABRILLAC (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 43.

más adecuada que ofrezca –en su caso– la norma internacional no prima sobre la norma interna, la eficacia real de la norma internacional de derechos humanos en el ámbito interno se transformaría en meramente teórica e ilusoria y no le permitiría desplegar los efectos jurídicos mínimos que está llamada a producir.¹³⁶

Tradicionalmente se ha intentado distinguir la realización concreta del acto de control de constitucionalidad de la ley, según la clase de derecho humano afectado. Se ha sostenido que los límites constitucionales que podría hacer valer el juez constitucional frente al legislador son más bien restrictivos o mandato de abstención –en el caso de los mal denominados derechos de libertad– que mandatos de acción.¹³⁷ Lo cierto es que la actuación del juez constitucional dependerá más de las circunstancias del caso concreto que de la naturaleza del derecho humano afectado.

La extensión, el alcance y la intensidad de la protección de los derechos humanos en el orden interno de los Estados resultará sobre todo de la influencia que ejerza la jurisprudencia emanada de la jurisdicción constitucional u ordinaria y la aptitud e idoneidad pedagógica de las decisiones de los tribunales constitucionales o de los tribunales supremos en materia de derechos humanos.¹³⁸

En nuestra opinión, la aptitud e idoneidad de la jurisprudencia constitucional u ordinaria en materia de derechos humanos estará en directa relación con el equilibrio que se alcance en el diálogo jurisprudencial que se produzca entre la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional respecto del sentido y alcance de los derechos humanos.¹³⁹ En este sentido, en el mundo contemporáneo, la inexistencia de un diálogo jurisprudencial como el señalado sólo torna a la jurisprudencia constitucional u ordinaria en materia de derechos hu-

Turquie, Finlande).» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 41.

¹³⁶ «L'insertion de la Convention européenne en droit interne ayant pour finalité de conférer au justiciable une qualité à invoquer et au juge national un titre à statuer, il va de soi que son effet direct restera purement théorique si la norme conventionnelle ne prime pas la norme interne contraire.» MABAKA (2000), pp. 11-42, especialmente, p. 32.

¹³⁷ RUBIO LORENTE (2011), p. 41

¹³⁸ «La protection des droits et libertés résultera surtout des effets et de l'influence de la jurisprudence établie par la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême sur la jurisprudence des juridictions ordinaire ainsi que sur l'attitude des autorités administratives. Sont également à prendre en considération les aspects pédagogiques des grands arrêts rendus par les juridictions constitutionnelles suprêmes en matière de droits et libertés.» FAVOREU (2007), p. 148.

¹³⁹ Para un ejemplo sobre un diálogo fecundo entre la jurisdicción constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. Tribunal Constitucional de Perú: *Luis Lama Puccio a favor de Wong Ho Wing. Recurso de agravio constitucional*. Exp. N° 02278-2010-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional (sesión Pleno Jurisdiccional) de 24 de mayo de 2011. Considerando 6 y 8.

manos como aislada, inapta e inidónea.

Todos estos elementos y consideraciones debieran ser incorporados y tenidos en cuenta por el juez nacional al realizar el control de convencionalidad.

4. Las relaciones teóricas y prácticas entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

Sin perjuicio de las normas imperativas y de derecho internacional general, desde el momento que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado y dicho tratado es incorporado en el orden jurídico interno a través del respectivo procedimiento previsto en la Constitución, las normas contenidas en dicho tratado internacional pasan a formar parte del derecho interno, sin perder su carácter de normas internacionales.

En consecuencia, estas normas convencionales entran dentro del ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional que le cabe a los jueces nacionales. En este contexto, en el evento que en el derecho interno se le asigne o reconozca una superioridad jerárquica a los tratados internacionales, el juez nacional posee un fundamento de derecho interno para velar por la conformidad de la ley a la norma convencional. Si el orden jurídico interno no ha establecido, en derecho positivo o pretorianamente, la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley, el juez nacional encuentra el fundamento de su obligación de efectuar un control de convencionalidad en las obligaciones internacionales del Estado, que, entre otras cosas, disponen la adecuación y conformidad del derecho interno al derecho internacional.

El ámbito de los derechos humanos será el contexto que más recurrentemente requiera del examen de conformidad –en el orden jurídico interno– de una norma legal –o cualquier otro acto de autoridad– frente a una norma convencional, si bien el control de convencionalidad puede surgir a propósito de cualquier contencioso jurisdiccional y no necesariamente de un caso particular de violación de derechos fundamentales. Con todo, en la esfera de los derechos humanos la importancia de este rol de control del juez nacional se ve exacerbada. En el caso de los tratados de derechos humanos –como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos– el juez nacional, por tanto, se pone la toga de los derechos humanos y se convierte en el juez de derecho común de los derechos humanos.

En la esfera de los derechos humanos el control de convencionalidad implica que un juez nacional está obligado a preferir la norma internacional de derechos humanos en caso de disconformidad o conflicto con una norma interna, en el evento que la solución proporcionada por la norma internacional

sea más beneficiosa para el individuo. La no realización efectiva del control de convencionalidad por un juez nacional en un caso dado, puede dar lugar al desencadenamiento del control internacional de protección de los derechos humanos.¹⁴⁰ Por lo tanto, la protección jurisdiccional internacional de los derechos humanos está vinculada con el denominado control de convencionalidad.

A continuación analizaremos la evolución que ha experimentado el control de convencionalidad y la relación de parentesco que mantiene con el control de constitucionalidad.

4.1. La evolución del control de convencionalidad: del ámbito interno a la esfera internacional

El control de convencionalidad es un concepto que ha nacido en el derecho interno de los Estados. Francia, por ejemplo, lo ha desarrollado profusamente desde la década de los años 70. En este caso, el control de convencionalidad refería al control jurisdiccional de conformidad de la norma legal a la norma convencional.

Como se ha sostenido, el debate sobre el control de convencionalidad encontró un terreno fértil en la jurisdicción francesa a propósito del reconocimiento constitucional de la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley (Art. 55 de la Constitución francesa).

Posteriormente, este concepto de control de convencionalidad ha sido importado por la Corte IDH –utilizándolo expresamente en el texto de sus sentencias internacionales– y lo ha desarrollado en su jurisprudencia. La concepción de un control de convencionalidad, por tanto, no ha comenzado en lo absoluto con la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, el juez García Ramírez empezó a aludir al control de convencionalidad en sus votos razonados, pero, en un inicio, solo refiriéndose al control que la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuaba respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aquí el juez García Ramírez extrapola el concepto francés del control de convencionalidad al terreno internacional).¹⁴¹ En cierta medida, este proceder se traduce en una especie de

¹⁴⁰ «Dès lors que le droit interne s'avère défailillant pour garantir le respect des droits individuels, le juge national doit appliquer la norme internationale protectrice des droits de l'homme, dont il est le juge de droit commun. La perspective que le justiciable puisse exercer un recours supranational ne peut que l'y inciter.» SUDRE (2011), pp. 35-55, especialmente, p. 47.

¹⁴¹ Cfr. sus votos en los Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, par. 27; Caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004, par. 3; Corte IDH: Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Yatama vs. Nicaragua, del 23 de junio de 2005, par. 3; Corte IDH: Caso López Álvarez vs. Hon-

internacionalización de categorías constitucionales.

Con posterioridad, a propósito del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, el juez García Ramírez desarrolló más aún su pensamiento acerca del control de convencionalidad, extendiéndolo esta vez a la jurisdicción nacional, sosteniendo lo siguiente:

“4. [...] Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

[...]

12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener –como ha sucedido en algunos países– carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de autoridades –por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos–, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el “control de convencionalidad” – se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.”¹⁴²

Por su parte, el control de convencionalidad, entendido como el acto

duras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, par. 30; Corte IDH: Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006, pars. 6 y 12.

¹⁴² Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de Noviembre de 2006.

de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se incorporó al cuerpo de las sentencias –como doctrina de la Corte IDH– a partir del caso *Almonacid vs. Chile* (2006).¹⁴³ Desde entonces, la Corte ha reiterado esta doctrina en diversas oportunidades. La última ocasión en que lo ha hecho, según la época en que se redacta este trabajo, ha sido a raíz del caso *Fonetevecchia y D'Amico vs. Argentina* de 2011. En esta sentencia los jueces interamericanos formularon de la siguiente manera la obligación del control de convencionalidad:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”.¹⁴⁴

En los últimos años, esta doctrina ha ido variando y se ha ido moldeando, muy probablemente por las críticas y ataques de los que ha sido objeto por autores y los Estados. En lo esencial, en la actualidad, esta doctrina interamericana postula lo siguiente:

- a) La obligación del Estado en su conjunto de respetar y garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- b) La obligación de los Estados partes de verificar la conformidad de la ley y actos internos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, controlar la convencionalidad.
- c) La obligación de velar porque los efectos de la Convención Americana no

¹⁴³ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 124.

¹⁴⁴ Corte IDH: *Caso Fonetevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, par. 93; Cfr. Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, par. 225.

se vean mermados o porque sus normas devengan teóricas o ilusorias por la aplicación de normas o de interpretaciones contrarias al objeto y fin de la referida Convención.

- d) La obligación primordial de los jueces nacionales de efectuar el control de convencionalidad.
- e) La obligación de los jueces nacionales de aplicar las normas de la Convención Americana para que ésta produzca plenamente sus efectos sino que además su complemento, esto es, la interpretación que la Corte IDH ha hecho de la Convención Americana.
- f) El respeto a las soluciones nacionales para efectuar este control de convencionalidad. En efecto, la Corte IDH no indica a los Estados cómo deben efectuar este control de convencionalidad, sabiendo que cada Estado tiene sus particularidades constitucionales, bien similares o bien diferentes, que se han ido forjando en el curso de los años.

Cabe destacar que la interpretación actual que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos influye notablemente la doctrina latinoamericana sobre el control de convencionalidad y empuja a los ordenamientos constitucionales nacionales a tomar posición a este respecto. Esta jurisprudencia provoca también la emergencia de una viva discusión doctrinaria.

4.2. El sentido de la convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad

No puede negarse que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son controles emparentados. De esta manera, uno de los rasgos principales de estos controles es el método al que debería sujetarse un juez para realizar la operación, toda vez que, en primer lugar, se trata de un mecanismo de contrastación de normas y, en segundo lugar, las normas contrastadas son de diferente rango jerárquico. Y, en este sentido, tal como Dutheillet de Lamothé ha señalado, tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad tienen similitudes:¹⁴⁵

Primero, ambos tienen la misma naturaleza. El razonamiento que sigue el juez, en ambos casos, es el mismo ya que se trata de contrastar dos normas y la adecuación o conformidad de una frente a la otra.

Segundo, ambos tienen un alcance idéntico o muy similar. Tal como ha sido reconocido por Denys de Béchillon, en Francia, la Convención Europea de Derechos Humanos –en términos generales– engloba y excede el

¹⁴⁵ DUTHEILLET DE LAMOTHE, p. 3.

catálogo de derechos fundamentales que incluye la Constitución de 1958 y todo el bloque de constitucionalidad. Lo que se predica de Francia, puede ser perfectamente aplicable a otros Estados. En general, los estándares previstos en los tratados internacionales de derechos humanos son o más elevados o, al menos, iguales a aquellos establecidos en el orden constitucional de los Estados.¹⁴⁶ Respecto del continente americano, salvo en materia social, por regla general, la Convención Americana sobre Derechos Humanos posee los mismos derechos e incluso, a veces, sobrepasa aquellos derechos humanos que se encuentran incorporados en el catálogo constitucional nacional.

Tercero, ambos tipos de control producen los mismos efectos prácticos. El control de convencionalidad sirve para descartar la aplicación de una norma legal que no se encuentre conforme con el tratado, aun cuando esta decisión sólo goce de la autoridad relativa de cosa juzgada. El control de constitucionalidad, según el medio utilizado para ello, produce un efecto relativo o un efecto *erga omnes*, pero en todo caso implica descartar una norma legal incompatible con la Constitución.

En este contexto, cabe hacerse la pregunta: ¿Son aplicables los modelos de control de constitucionalidad al control de convencionalidad? En la actualidad, una parte de la doctrina utiliza de hecho estos modelos para referirse al control de convencionalidad.¹⁴⁷ Sin embargo, hay buenas razones para preferir la respuesta negativa. La idea matriz del control de convencionalidad es que dicho control corra por cuerda separada del control de constitucionalidad. Además, el control de convencionalidad debiera sea realizado especialmente por todos los jueces nacionales, incluyendo el juez constitucional especializado, si lo hay. El hecho que haya un juez constitucional encargado del control de constitucionalidad no impide que todos los jueces efectúen un control de convencionalidad. El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad están vinculados pero no son idénticos. Ambos son mecanismos de control de normas de distinto rango jerárquico. Pero el control de constitucionalidad contrasta normas que han nacido en el orden doméstico de los Estados mientras que el control de convencionalidad contrasta normas que han nacido en órdenes jurídicos distintos. Por tanto, los órganos que han concurrido a la creación de estas normas difieren en uno y otro caso. En el control de constitucionalidad, hay un contraste de normas (constitucionales y legales) de rango diverso que han sido creadas por la concurrencia de la voluntad soberana y democrática de una misma comunidad estatal determinada. En el control de convencionalidad, hay un contraste de normas (legales e internacionales) jerár-

quicamente distintas que han sido creadas con la concurrencia de la voluntad de órganos democráticos y soberanos distintos, en un caso, el parlamento de un Estado y en el otro, el consentimiento de distintos Estados soberanos independientes.

Todos los jueces nacionales así como todos los órganos del Estado están obligados a efectuar un control de convencionalidad, independientemente del modelo concentrado o difuso de control de constitucionalidad que haya adoptado el referido Estado. ¿Por qué obligados? Desde un punto de vista jurídico positivo, porque el Estado se ha obligado a hacerlo a través de sus compromisos internacionales y debe cumplirlos de buena fe. Pero además, desde un punto de vista lógico, hacerlo le introduce al sistema jurídico un principio de estructura armónica y coherente, y evita que el sistema jurídico nacional siempre esté discordante con los principios, estándares y reglas del orden internacional.

El control de constitucionalidad se refiere a la verificación de la conformidad de las normas infraconstitucionales a la Constitución. En cambio, el control de convencionalidad se refiere a la contrastación por el juez nacional de la compatibilidad de las normas estatales, incluida la Constitución, con los instrumentos internacionales, particularmente de derechos humanos. Tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad deberían efectuarse en el ámbito interno de los Estados. Dentro de la jurisdicción estatal todos los órganos del Estado, especialmente los jueces, deberían efectuar ambos controles.

Algunos tratan de equiparar el control de convencionalidad al control de constitucionalidad, aún cuando no son lo mismo. Una parte de la doctrina, además, intenta aplicar al control de convencionalidad las mismas categorías aplicables al control de constitucionalidad.¹⁴⁸ Estos autores tratan de aplicar la misma dogmática de la revisión judicial de constitucionalidad de las normas al control de convencionalidad, en circunstancias que no se deberían igualar. Por la aplicación de esa lógica, es que el control de convencionalidad tiene dificultades para ser asumido en el orden interno de los Estados. ¿Es un control difuso? ¿Es un control concentrado? ¿Es un control *a priori*? ¿Es un control *a posteriori*? Todas estas preguntas serían, en principio, inconducentes para el control de convencionalidad. No es posible aplicar lisa y llanamente, sin más, toda la teoría del control judicial de constitucionalidad al control de convencionalidad.¹⁴⁹ No olvidemos que el control de convencionalidad es un

¹⁴⁶ Cfr. BINDER (2011), pp. 1203-1230; Cfr. FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 917-967.

¹⁴⁹ Un ejemplo de un razonamiento en este sentido es expuesto por la Prof. Binder: "For example, implementing the *control de convencionalidad* may pose institutional and procedural problems, especially for states with centralized systems of norm control, i.e. where only one court (the Supreme Court or the Constitutional Court) is competent to safeguard the integrity of the Constitution, such as in Uruguay or Costa Rica. Furthermore, the conventionality control may be

¹⁴⁶ «[E]n ce qui concerne les droits fondamentaux, les normes de références du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes [...] L'addition des exigences prescrites par les traités applicables au sein de l'ordre juridique français fournit une liste de droits supérieure ou égale à celle que donne notre bloc de constitutionnalité». BECHILLON (1998), p. 225.

¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 917-967; CARCASSONE (2011).

mecanismo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en el ámbito interno de los Estados. Esta garantía –el control jurisdiccional de convencionalidad– es particularmente crítica y relevante en el caso de los compromisos internacionales de derechos humanos. Control difuso o control concentrado de normas es un lenguaje propio de la teoría constitucional y se compadece plenamente con el control de constitucionalidad, pero no se podría pretender explicar con esta terminología teórica constitucional un mecanismo de control de normas como el control de convencionalidad, que tiene como su principal objetivo la compatibilidad y armonía entre el orden internacional y el orden doméstico. Una vez más, el control de convencionalidad es particularmente relevante en el ámbito de los derechos humanos.

Además, cabe recordar que, a diferencia del control de constitucionalidad, en el control de convencionalidad, el parámetro de control es una norma (internacional) que no ha sido creada por los órganos estatales constitucionalesmente previstos al efecto. Cuando hablamos de control de constitucionalidad estamos hablando de las normas que tienen su origen, rigen y se aplican en el mismo nivel normativo. Cuando hablamos de control de convencionalidad estamos hablando de normas que tienen su origen, rigen y se aplican en niveles normativos diferentes –orden interno y orden internacional– y sólo si el Estado las ha ratificado pueden tener vigencia y aplicarse en el mismo nivel normativo, esto es, en el orden doméstico. Por lo tanto, intentar aplicar exactamente los mismos criterios del control de constitucionalidad al control de convencionalidad es, al menos, desorientador.

Por otra parte, una de las similitudes entre ambos tipos de control consiste en que los dos pretenden mantener la coherencia del sistema jurídico, particularmente en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos. En este caso, el principio de ordenación y coherencia normativa sería la subordinación a un derecho superior, que a la sazón, es el derecho que otorga la mayor y más amplia protección posible al individuo, a las comunidades y a los pueblos, especialmente, y en forma reforzada, a los más vulnerables.¹⁵⁰

Asimismo, cabría recordar que el parlamento debe efectuar una especie de control de convencionalidad al momento de su actividad legislativa. Así como el parlamento no puede legislar fuera o excediendo el marco constitucional, del mismo modo el parlamento no puede legislar excediendo el marco y los límites que el derecho internacional de los derechos humanos le establece, ni aun a pretexto de que sus decisiones son adoptadas por una ma-

incompatible with a state's internal normative hierarchy, especially in states where the ACHR is not incorporated at constitutional level or where provisions of national constitutions are found to violate the ACHR." BINDER, pp. 1203-1230, especialmente, p. 1216.

¹⁵⁰ "Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia." FERRAJOLI (2010), p. 54.

yoría democrática. La democracia para ser tal debe respetar los derechos de los grupos minoritarios, de los excluidos y de los vulnerables. Estos derechos se ven reflejados en exigencias mínimas que el Derecho de los derechos humanos establece. Ni el Estado ni el pueblo mismo pueden transgredir estos estándares mínimos adecuados para una existencia digna, libre e igualitaria.¹⁵¹

En consecuencia, a diferencia de lo planteado por algunos autores, no vemos inconvenientes insuperables en la aplicación práctica del control de convencionalidad ya sea que el sistema de control de constitucionalidad –que haya adoptado el país en cuanto al órgano que la ejerce– sea uno concentrado, difuso o mixto.¹⁵² Recordemos que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son procedimientos similares, que comparten elementos comunes, pero no son lo mismo.¹⁵³ Justamente, aquí reside, en nuestra opinión, uno de las mayores confusiones que se presentan en la doctrina en relación con el control de convencionalidad.¹⁵⁴

5. Conclusión

Cuando hablamos del control de convencionalidad, al igual que el control de constitucionalidad, estamos hablando de un control normativo. En ambos casos, el control se efectúa primordialmente por los órganos jurisdiccionales.

En el ámbito de los derechos humanos, el control de convencionalidad se inserta en el contexto de la protección jurisdiccional de los derechos hu-

¹⁵¹ "La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial." Corte IDH: *Caso Grijman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, par. 239; "Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones." FERRAJOLI (2010), p. 24.

¹⁵² Sobre los tipos de control de constitucionalidad y, por lo tanto, de jurisdicción constitucional, vid. CÁZOR ALISTE (2002), pp. 87-97; HUERTA OCHOA (1998), pp. 713-739, especialmente pp. 725-729.

¹⁵³ En sentido contrario Prof. Binder señala: "[T]he Court asks domestic courts to exercise a conventionalality control which is comparable to the constitutionality control in domestic constitutional law." BINDER (2011), p. 1213.

¹⁵⁴ Vid. ASSIS DE ANDRADE (2009), pp. 157-170, especialmente, p. 170.

manos. El control de constitucionalidad ha evolucionado hacia un desempeño primordial en la esfera de la protección jurisdiccional de los derechos humanos. De modo que en general tanto control de convencionalidad como control de constitucionalidad se insertan en la temática de la protección jurisdiccional de los derechos humanos a nivel nacional.

La no realización del control de convencionalidad, tanto por el juez constitucional como por el juez ordinario, o bien la realización defectuosa o deficiente del control de convencionalidad puede eventualmente desencadenar la puesta en funcionamiento de la protección jurisdiccional de los derechos humanos a nivel internacional.

El debate doctrinal de los constitucionalistas latinoamericanos acerca del control de convencionalidad revela que hay un esfuerzo de parte de la doctrina por entablar un diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional. Tal vez no es correcto atar al control de convencionalidad, siguiendo el mismo razonamiento y categorías jurídicas utilizadas en el caso del control de constitucionalidad para el examen del referido control de convencionalidad. Sin embargo, el lado positivo es que al menos con este debate se ha iniciado algo muy necesario en el siglo XXI, esto es, un diálogo entre disciplinas jurídicas y, en términos más estructurales, entre orden jurídicos diversos. Este diálogo doctrinario, también se proyecta al plano jurisprudencial, con el cumplimiento por parte del juez nacional de la obligación de realizar un control de convencional de los actos de autoridad. Esta dialéctica provoca la internacionalización de las categorías constitucionales y la constitucionalización de las categorías del derecho internacional. Es muy probable que en este proceso se encuentre presente también la idea, vaga aun, de la construcción de un derecho constitucional global.

Los diálogos intensos antes mencionados, justifica que, a veces, se hable en el ámbito de los derechos humanos, del juez nacional como juez interamericano o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un tribunal constitucional latinoamericano.

La doctrina del control de constitucionalidad es simplemente el reflejo de una realidad cada vez más palmaria y con la que deben lidiar día a día los jueces nacionales. El orden jurídico interno ha devenido un orden jurídico plural en cuya arquitectura el juez encuentra normas que no tienen su origen en los procedimientos de creación normativa previstos por la Constitución, y, por lo tanto, cuyo origen corresponde a otros ordenes jurídicos. En este escenario, el desafío que se le plantea al juez nacional será determinar conforme a qué criterios decidirá un caso en que concurren pluralidad de normas con origen en diversos órdenes normativos.

Bibliografía

Libros y artículos de revista

- ASSIS DE ANDRADE, Gabriel Ricardo (2009). "Aspectos Gerais da Inconstitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel e do Controle de Convenção", en *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Vol. 5, Segundo Semestre, pp. 157-170.
- AVRIL, Pierre (2008). "Enchantement et Désenchantement Constitutionnels sous la Ve République", en *Pouvoirs*, N° 126, 2008/3, pp. 5-16.
- BECHILLON, DENYS (1998). "De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire" (Malaise dans la Constitution), en *Revue Française de Droit Administratif*, p. 225.
- BINDER, Christina (2011). "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", en *German Law Journal* Vol. 12, núm. 5, pp. 1203-1230.
- BORDALI SALAMANCA, Andrés (2011). "El recurso de protección chileno al banquillo", en *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año V, núm. 27, enero-junio, pp. 56-71.
- CANCAO TRINDADE, Antônio Augusto (2006). "A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como Direito Internacional da humanidade", en *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30.
- CARCASSONE, Guy (2011). *La Constitution*, París: Seuil, 10ª ed..
- CAZOR ALISTE, Kamel (2002). *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo II. Santiago: Universidad Central de Chile.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tomo I. París: Montchrestien, 15ª ed., p. 441.
- COHEN-JONATHAN, Gérard (1995). "Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme", en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*. Bruxelles: Bruylant, L.G.D.J., París, p. 53.
- DE STEFANO, Juan Sebastián. "El control de constitucionalidad", en *Urbe et Ius (Revista de Análisis Jurídico)*, Año I, Newsletter núm. 7, Otoño MMV, pp. 1-6.

DUTHELLET DE LAMOTHE (2009), Olivier: "Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France". Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 3. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf [Visitado el 21/07/2011]

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos (2006). "Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites", en Sanín Restrepo, Ricardo (Coord.): *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.

FAVOREU, Louis et al (2007). *Droit des libertés fondamentales*, París: Dalloz, 4ª ed..

FERRAJOLI, Luigi (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 7ª edición.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.): *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México, El Colegio Nacional-UNAM.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011). "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, mayo-agosto, pp. 917-967.

HERDEGEN, Matthias (2006). "La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho", en Sanín Restrepo, Ricardo (Coord.): *Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Universidad Javeriana y Legis, 2006.

HUERTA OCHOA, Carla (1998). "El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre/diciembre 1998, pp. 713-739.

MABAKA, Placide M. (2000). "L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique", en *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, pp. 11-42.

MOLFESSIS, Nicolas (2008). "Loi et jurisprudence", en *Pouvoirs*, N° 126, 2008/3, pp. 87-100.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2006). *Teoría Constitucional*, Santiago de

Chile: LexisNexis, 2ª edición.

PÉREZ ROYO, Javier (2005). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición.

RUBIO LLORENTE, Francisco (2011). "Constitucionalismo", en Aragón Reyes, Manuel y Aguado Renedo, César: *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho*. Tomo I. Madrid: Civitas.

SANÍN RESTREPO, Ricardo (2006). "Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso", en Sanín Restrepo, Ricardo (Coord.): *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro (2009). *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing.

SUDRE, Frédéric (2011). "La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux", en Cabrillac, Rémy et al: *Libertés et droits fondamentaux*. París: Dalloz, 17ª ed., pp. 35-55.

VON BOGDANDY, Armin (2011). "La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza postnacional", en Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coords.): *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en America Latina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Perú: *Luis Lama Puccio a favor de Wong Ho Wing. Recurso de agravio constitucional*. Exp. N° 02278-2010-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional (sesión Pleno Jurisdiccional) de 24 de mayo de 2011. Considerando 6 y 8.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, par. 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Fontevecchia y D'Amico*

vs. *Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, par. 93.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, par. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, par. 172.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Fundamento Jurídico 6.

Textos legales

Constitución argentina de 1994.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000.

Constitución de la República Dominicana de 26 de enero de 2010,

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Documentos Electrónicos

Cea Egaña, José Luis: "Praxis del control de constitucionalidad en Chile", Noviembre 2007, pp. 1-48. Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/PRAXIS%20DEL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20EN%20CHILE.pdf>

[Visitado el 25/07/2011].

Olivier Dutheillet de Lamothe. "Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France". Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 3. Disponible en:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf

[Visitado el 21/07/2011]