

FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS OMNIPRESENTE

FUNDAMENTALS OF CONVENTIONALITY CONTROL: THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS OMNIPRESENT

Elard Ricardo Bolaños Salazar
Abogado
Universidad de San Martín de Porres
ricardo.92b@hotmail.com
Perú, Lima

Recibido: 31 de julio de 2018

Aceptado: 02 de noviembre de 2018

SUMARIO

- Introducción
- La naturaleza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- La doctrina del control de convencionalidad: aproximaciones
- ¿Internacionalismo avasallador o nacionalismo hermético?: La malentendida soberanía estatal
- Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo desarrolla los fundamentos del llamado control de convencionalidad, entendiendo dicha institución jurídica como la obligación que tienen todas las autoridades de un Estado de contrastar el derecho interno con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, se concluye que lo mejor para un real entendimiento de esta técnica, es anteponer, por sobre todas las cosas, el respeto y la garantía de los derechos y las libertades de las personas.

ABSTRACT

This article develops the foundations of the so-called conventionality control, understanding this legal institution as the obligation that all the authorities of a State have to contrast the internal law with the International Law of Human Rights. Thus, it is concluded that the best for a real understanding of this technique, is to put, above all things, respect and the guarantee of the rights and freedoms of people.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad; Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; soberanía estatal; subsidiariedad.

KEY WORDS

Control of conventionality; Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; state sovereignty; subsidiarity.

INTRODUCCIÓN

Luego que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) publicara el 15 de junio de 2018 la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de los casos La Cantuta y Barrios Altos –exigiendo al Estado peruano, a grandes rasgos, ejercer un control de convencionalidad respecto del indulto otorgado a Alberto Fujimori– muchas han sido las interrogantes sobre qué es el control de convencionalidad, cuáles son sus alcances, su dinámica y su naturaleza.

De hecho, en honor a la verdad, éste ha sido un tema que desde siempre ha generado inquietudes desde que, por primera vez, hace ya quince años, el entonces juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez expusiera en su voto concurrente razonado del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala la idea del así llamado control de convencionalidad. A partir de entonces, la doctrina del control de convencionalidad ha ido evolucionando; a la par que los Estados que forman parte de nuestro sistema regional de protección de

Derechos Humanos han ido también perfilando sus posiciones sobre lo que ha establecido el máximo tribunal interamericano.

De manera tal que, para comprender la necesaria dinámica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno, resulta crucial estudiar de manera seria el que tal vez sea uno de los mayores aportes de nuestro sistema regional a la protección de Derechos Humanos: la doctrina del control de convencionalidad. Comprender sus alcances y su real naturaleza –sobre todo en razón de los debates actuales– es determinante, pues solamente así podrá vislumbrarse de la mejor manera el rol que el sistema regional de protección cumple de cara a los desafíos presentes.

Así, para aportar en este debate, en el presente artículo se abordarán los aspectos fundamentales del control de convencionalidad a fin de entender cuáles son sus dimensiones y contornos. Para ello, primero se esbozará una visión general sobre la naturaleza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Luego, se examinará el control de convencionalidad como idea, hurgando en su concepción inicial y en su desarrollo posterior (aquí se procederá al estudio de lo que el profesor Néstor Pedro Sagüés denomina “elementos controlantes” en el control de convencionalidad y de los sujetos estatales obligados a aplicarlo). Como siguiente punto se harán algunas reflexiones acerca de cómo el concepto de soberanía estatal ha ido tergiversándose, hasta el punto de convertirse casi en un dogma de defensa absoluta del decisionismo doméstico. Por último, se plasmarán las conclusiones que, por decirlo de alguna forma, solo darán el puntillazo inicial para una discusión que aún está en ciernes.

LA NATURALEZA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Describir con detalle los complejos engranajes que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos resulta ser una tarea que excede, como es evidente, los fines de un artículo como éste. Por lo tanto, en el presente acápite tan solo se expondrán de manera muy general los principales rasgos de nuestro sistema regional de protección a efectos de entender luego cómo es que se ubica en él la idea del control de convencionalidad.

Pues bien, lo primero que hay que saber es que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos surge como una garantía adicional –de carácter supranacional– para que las personas que habitan el continente americano puedan encontrar justicia y reparación a las violaciones de sus Derechos Humanos si es que la jurisdicción de sus respectivos Estados ha fallado en dicho propósito.

Sobre el particular, el Sistema Interamericano, como tal, se constituye sobre lo que es la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA). Éste, a su vez, se divide en dos subsistemas:

- a. El subsistema derivado de la Carta de la OEA: su principal instrumento de derechos es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y tiene como único órgano encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o Comisión Interamericana) que se creó luego de algunos años. En este subsistema se encuentran los Estados que, como Estados Unidos de América, no forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana).
- b. El subsistema derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: su principal instrumento es precisamente la CADH y tiene dos órganos encargados de la protección de los Derechos Humanos que son la CIDH –como órgano cuasi-jurisdiccional– y la Corte IDH como órgano naturalmente judicial. En este subsistema se encuentran todos los Estados que, como el Perú, no solamente forman parte de la OEA, sino que además han ratificado la Convención Americana aceptando la competencia de la Corte IDH para juzgarlos.

Visto este panorama, corresponde indicar que nuestro sistema regional, al igual que todos los demás sistemas regionales y que el sistema universal, se fundamenta en el principio de subsidiariedad; principio que es propio del Derecho Internacional Público y que lógicamente se adopta con ciertos matices en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según el referido principio, solo es posible activar la protección internacional –que en nuestro caso viene representado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– cuando se agoten los recursos judiciales disponibles a nivel interno dirigidos a corregir determinada injusticia o violación. Este principio se ve reflejado en el preámbulo de la CADH y, de manera más desarrollada, en el artículo 46.1.a) de dicho tratado que establece que solo es posible presentar una petición o comunicación ante la CIDH cuando (...) se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna (...)” (CADH, 1969).¹

Ahora, en el caso peruano, al haber ratificado la CADH y aceptado la competencia de la Corte IDH, cualquier persona o grupo de personas luego de agotar los recursos internos puede presentar una petición ante la CIDH y, eventualmente, el caso podría llegar a la Corte Interamericana. Luego, lo que dicho tribunal de justicia decida será plenamente vinculante para el Estado peruano, siendo que la sentencia interamericana –que además es inimpugnable– debe ser ejecutada en sus propios términos.

Todo esto, en el marco de lo que es la competencia contenciosa de la Corte Interamericana pues, además de ésta, el tribunal interamericano ostenta otras tres competencias adicionales que son la consultiva, la preventiva y la ejecutiva.

La competencia consultiva hace referencia a aquella facultad descrita en el artículo 64 de la CADH por virtud de la cual la Corte IDH puede emitir opiniones consultivas sobre determinados asuntos. Por su parte, la competencia preventiva se refiere a la posibilidad que tiene, en virtud del artículo 63.2, de dictar medidas provisionales, mientras que la competencia ejecutiva predica que la Corte Interamericana, en mérito de lo que se desprende de los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH, así como del artículo 69 de su Reglamento, puede supervisar el cumplimiento de las sentencias que expide.

Este es pues a muy grandes rasgos el diseño institucional que compone nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.

¹ Sin embargo, ello tiene excepciones. Las contempladas en el artículo 46.2.a) de la propia CADH y las establecidas jurisprudencialmente en la Opinión Consultiva 11 de 1990. Solo si se está ante alguna de estas cinco excepciones será posible acudir a la jurisdicción interamericana sin necesidad de agotar los recursos de los que dispone la jurisdicción local.

Tenemos una Corte que, junto a la Comisión Interamericana, se encargan de velar por el respeto y la protección de los derechos humanos, pero siempre, y esto no se debe olvidar como línea de principio, actuando de manera subsidiaria. Desde esta lógica, es incorrecto afirmar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reemplaza a la jurisdicción estatal en cuanto a la protección de los derechos. Esa es una tarea que le compete a las autoridades y jueces nacionales ante cuyo yerro recién quedará expedita la vía supranacional, tal y como lo señala también el artículo 205 de nuestra Constitución.

LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: APROXIMACIONES

Llevar a cabo un recuento pormenorizado sobre cómo se ha ido construyendo paso a paso la doctrina del control de convencionalidad es, a mi juicio, un ejercicio académico trillado puesto que hay ya amplia doctrina que se ha ocupado de ello a lo largo de los últimos años. Sin embargo, sí resulta ilustrativo para entender esta institución, dar cuenta de manera muy puntual sobre cómo surgió y cuál es su estado actual desde la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es decir, dar cuenta de sus principales hitos jurisprudenciales.

Pues bien, como ya se adelantó brevemente, el nomen iuris de control de convencionalidad como tal fue expresado por primera vez por el ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala del 2003. En aquella oportunidad, el ex juez mexicano sostendría que no era jurídicamente posible sustraer del control de convencionalidad que hace la Corte IDH a alguna entidad u organismo del Estado, sino que se debía considerar la responsabilidad estatal como un todo (Corte IDH. Voto Concurrente Razonado del Juez García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, párr. 27).

Luego, clarificando un poco más la idea, el mismo juez sostendría en otro voto concurrente razonado que la tarea de la Corte IDH se asemejaba a la que en el ámbito interno practicaban los tribunales constitucionales, ya que si éstos examinan los actos impugnados a la luz de las normas internas y de la constitución, la Corte IDH analiza si el comportamiento o la omisión estatal se enmarca dentro de los

parámetros convencionalmente exigidos, es decir, realiza un control de convencionalidad (Corte IDH. Voto Concurrente Razonado del Juez García Ramírez en el Caso Tibi Vs. Ecuador, párrafo 3).

Sin embargo, no fue sino hasta el 2006 que el Pleno de la Corte IDH hizo suya la idea expresada en sendos votos por el ex juez García Ramírez. De esta manera, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, el tribunal interamericano sostuvo lo siguiente:

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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 124)

Como se aprecia, hasta aquí fundamentalmente el control de convencionalidad era una labor exclusivamente reservada a los jueces del Poder Judicial de un Estado, quienes debían confrontar la producción normativa interna con las disposiciones de la CADH y la interpretación que de la misma hubiere realizado la Corte Interamericana.

De manera posterior, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, la Corte Interamericana establecería dos aspectos importantísimos sobre el control de convencionalidad: primero, que éste debe ser ejercido de oficio y, segundo, que dicho control

deben hacerlo los jueces del Poder Judicial en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales que hubiere (Corte IDH, párr. 128).

Más adelante la Corte IDH ampliaría el radio de acción del control de convencionalidad al sostener, en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, que quienes estaban obligados a ejercerlo eran todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia a todo nivel (Corte IDH, párr. 225). Con ello, el control de convencionalidad quedaba como una obligación incluso de los órganos de justicia que se encontraban por fuera de la estructura tradicional de los poderes judiciales como, por ejemplo, las cortes o tribunales constitucionales.

Luego vendría el que tal vez sea el caso crucial sobre esta cuestión. Se trata del Caso Gelmán Vs. Uruguay. Aquí la Corte Interamericana estableció que el control de convencionalidad, como obligación estatal, compete a toda autoridad pública y ya no solamente a los órganos vinculados con la administración de justicia (Corte IDH, párr. 239).

Ello supuso, como es natural, el surgimiento de grandes debates –que hasta hoy se dan incluso– sobre si era adecuado o no dejar en manos de toda autoridad pública la labor de realizar el llamado control de convencionalidad. La preocupación venía dada por el hecho de otorgar poderes a cualquier funcionario público para que incluso de oficio pueda inaplicar una disposición de derecho interno por considerarla contraria a los preceptos convencionales o a la interpretación que de éstos haya hecho la Corte Interamericana.

Sin embargo, a modo de apreciación personal, considero que tal preocupación se desvanece con lo señalado por la propia Corte IDH años después en el Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Aquí, el tribunal sostuvo que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de convencionalidad (Corte IDH, párr. 124). De manera que, con esto se otorga cierta deferencia a los Estados para que regulen, según sus diseños procedimentales e institucionales, la forma en la que sus autoridades públicas aplicarán el control de convencionalidad. Así, a guisa de ejemplo, se pueden establecer ciertos procedimientos que, a modo de candados, sirvan para evitar una aplicación errónea del

control de convencionalidad por parte de aquellas autoridades que, estando obligadas a aplicarlo, no forman parte de los órganos de administración de justicia (entiéndase, funcionarios del poder ejecutivo o legislativo y demás organismos autónomos).

Pues bien, visto brevemente el estado actual en que se encuentra la doctrina del control de convencionalidad, considero que es necesario hacer una precisión importante en relación a su constante confusión con otros ejercicios jurisdiccionales como son el diálogo entre cortes y la interpretación conforme.

En efecto, con frecuencia se suele asimilar que entre estos tres conceptos existe una relación de identidad cuando en realidad estamos ante cuestiones distintas. Así, mientras que el control de convencionalidad supone siempre la inaplicación de una norma local de cualquier rango por ser contraria a los preceptos convencionales y a las interpretaciones dadas por la Corte IDH, la interpretación conforme es más bien buscar una interpretación de la norma doméstica que se acerque a los parámetros supranacionalmente exigidos, es decir, no se inaplica la norma, sino que se le salva por encontrarle una interpretación favorable.

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por el profesor Pablo Contreras (2014), para quien existe un control de convencionalidad fuerte –cuando se inaplica una norma interna– y un control de convencionalidad débil –cuando se realiza una interpretación conforme– (pp. 237 y 238), considero que en este último supuesto no se puede hablar de la existencia de un control de convencionalidad propiamente, puesto que éste siempre supondrá un ejercicio de inaplicación de la norma por no haberse encontrado ninguna interpretación posible que salve su convencionalidad.

Por su parte, el diálogo jurisprudencial entre cortes se refiere a aquel ejercicio mediante el cual la Corte IDH y los tribunales nacionales comparan entre sí –en sus resoluciones– puntos de vista sobre determinada problemática de derechos. Esto, con mayor frecuencia, suele ocurrir en los tiempos actuales.

Los elementos controlantes en el control de convencionalidad

Hasta aquí se ha visto que el control de convencionalidad es una herramienta que

supone confrontar el derecho nacional con la Convención Americana y con las interpretaciones que de ella haga la Corte IDH. Sin embargo, a lo largo del proceso constructivo del control de convencionalidad se han ido perfilando inquietudes acerca de si dicho control debe hacerse solo en relación a estas dos fuentes (CADH e interpretación de la Corte IDH) o si es posible extender el material controlante –en palabras de Néstor Pedro Sagüés– a otras fuentes.

Para explicar este punto me he permitido formular cuatro tesis construidas a partir de las diversas posturas, tanto jurisprudenciales como doctrinarias, que se vierten sobre cuáles serían las fuentes que sirven como parámetros para el ejercicio del control de convencionalidad. Estas son: la tesis amplia, la tesis intermedia, la tesis intermedia restrictiva y la tesis mínima que, a continuación, serán explicadas.

- a. La tesis amplia del material controlante: Según esta primera tesis las autoridades nacionales al momento de llevar a cabo el control de convencionalidad deben tener en cuenta, como parámetro de control, no solamente la CADH y la interpretación que de la misma haga la Corte Interamericana, sino que también deben incluir en su horizonte hermenéutico los demás tratados en materia de Derechos Humanos de la OEA e, incluso, de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU).

Esta tesis reposa en la idea de que el artículo 29, literal b), de la CADH señala que ninguna disposición de dicho tratado puede interpretarse en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en cualquier otra convención en que un Estado sea parte. Siendo ello así, no cabría suponer que el control de convencionalidad limite la aplicación de otros tratados –sean regionales o universales– si es que éstos logran una protección más efectiva o específica que la propia CADH.

Ciertamente esta teoría encuentra su principal problema en el hecho de que el control de convencionalidad, como idea, surge en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y no tiene paralelo en ningún otro sistema internacional de protección (González 2017). Por lo tanto, para los detractores de esta teoría, sería forzar demasiado la figura el

intentar establecer como parámetros de control todos los tratados en materia de Derechos Humanos ya sean éstos del sistema universal o del regional.

No obstante, esta es una hipótesis que viene cobrando fuerza en los últimos tiempos y quienes la defienden sostienen que el control de convencionalidad se aplica con relación a cualquier tratado de Derechos Humanos, ya que la CADH viene a ser solamente una muestra o un ejemplo de material normativo controlante (Sagüés 2010 y Nogueira 2013).²

Otro punto que se remarca desde esta teoría es que la interpretación del tratado que hace la Corte IDH en el marco de su competencia contenciosa no es la única interpretación que resulta vinculante para ejercer el control de convencionalidad. Se sostiene, de esa manera, que la interpretación que hace el tribunal interamericano en ejercicio de sus demás competencias (consultiva, preventiva y ejecutiva) se constituye también en material controlante de cara al control de convencionalidad.

Y es que si lo que se ha establecido es que lo que vincula a las autoridades nacionales es la interpretación que de la CADH –y de otros tratados que le otorgan competencia– haga la Corte IDH, resulta irrelevante en el marco de qué competencia fue que arribó a dicha interpretación. En efecto, al juzgar a un Estado, al dictar una medida previsional, al emitir una opinión consultiva o al supervisar el cumplimiento de sus sentencias, la Corte Interamericana está haciendo a fin de cuentas el mismo ejercicio: interpretar la Convención Americana.

En todos estos casos estamos hablando de nuevos contenidos normativos que surgen como consecuencia de una labor interpretativa. Se trata de normas que nacen al mundo jurídico necesariamente adscritas a la disposición convencional concretada, por lo que bien pueden ser denominadas como normas convencionales adscritas (Castillo 2013).

² Esta visión parte del hecho mismo que la Corte IDH haya señalado en el párrafo 124 del “Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile” que “(...) Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana (...)”. Al anteponer “como”, la Corte estaría solo indicando que la CADH es un ejemplo.

Dicho esto, es necesario recordar que, al menos en lo concerniente a su competencia consultiva, la propia Corte IDH ya ha manifestado que los diversos órganos estatales deben realizar el control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de esta competencia (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 31).

b. La tesis intermedia del material controlante: La tesis intermedia del material controlante es aquella que sostiene que serán vinculantes como parámetros de control la CADH, la interpretación que de ella haga la Corte IDH en ejercicio de cualquier de sus competencias asignadas y los otros tratados de la OEA en materia de Derechos Humanos que le otorgan competencia a la Corte Interamericana.

La diferencia sustancial con la tesis amplia –como ya se podrá advertir– es que aquí no se consideran como parámetros válidos para ejercer el control de convencionalidad los tratados que los Estados americanos han ratificado en el marco del sistema universal, es decir, a nivel de la ONU.

Esta teoría defiende la idea de que el control de convencionalidad, al ser un producto creado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no puede extrapolar sus efectos y su eficacia al ámbito de instrumentos internacionales ajenos a su sistema normativo. Se trata, por decirlo de alguna forma, de una teoría pacífica sobre el control de convencionalidad.

c. La tesis intermedia restrictiva del material controlante: Por su parte, la tesis intermedia restrictiva es aquella que pregona que solamente será material controlante en el control de convencionalidad la CADH, la interpretación que de la misma haga la Corte IDH, pero tan solo en ejercicio de su competencia contenciosa, y los demás tratados en materia de Derechos Humanos de la OEA que le otorgan competencia a la Corte Interamericana.

Así, lo distintivo de esta teoría es que postula que las autoridades nacionales solo pueden verse vinculadas por lo que la Corte IDH señala en casos contenciosos, es decir, al juzgar a los Estados. Quedarán por fuera, entonces, las opiniones consultivas, las medidas provisionales y las resoluciones de supervisión de sentencias.

Esta es una teoría ciertamente conservadora y que, en los últimos meses, con la reciente dación de la Opinión Consultiva OC- 24/17 que trató temas concernientes a la identidad de género y a la no discriminación de parejas conformadas por personas del mismo sexo, ha sido enarbolada como sustento para desconocer el evidente carácter obligatorio de las opiniones consultivas que emanan de la Corte Interamericana.

d. La tesis mínima del material controlante: Por último, tenemos la tesis mínima. Según esta postura, las autoridades nacionales solo deben tomar como parámetros válidos para ejercer el control de convencionalidad la Convención Americana (descartando a los otros tratados de nuestro sistema regional) y la interpretación que de ella haga la Corte Interamericana en ejercicio de su competencia contenciosa.

Para quienes abogan por esta visión, es posible restar carácter vinculante a la interpretación que la Corte IDH hace del tratado en medio de sus otras competencias. Se tratarían, según este criterio, de lineamientos que el tribunal interamericano perfila en sus resoluciones pero que de ninguna manera resultan obligatorios para que una autoridad nacional los tome como referencia al decidir sobre la convencionalidad del derecho doméstico.

Desde mi concepción, se trata de una teoría desfasada por cuanto niega incluso lo que la propia Corte IDH ha señalado en la Opinión Consultiva 21/14, en el sentido de dejar establecido que lo plasmado en las opiniones consultivas también resulta vinculante. Por lo tanto, esta es una tesis con un alto nivel de cuestionamiento en torno a su validez desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los sujetos obligados por el control de convencionalidad

A partir del Caso Gelmán Vs. Uruguay el tema sobre quienes deben ejercer el control de convencionalidad dentro de los Estados parece haber quedado resuelto. Como se advirtió antes, en dicho caso la Corte Interamericana sostuvo que toda autoridad pública tenía la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad.

Este estándar supone, ciertamente, trastocar de modo sensible algunas cuestiones sobre todo en el ámbito operativo del control de convencionalidad. De esa forma, las preguntas que surgieron de inmediato con lo dicho por la Corte IDH en este caso fueron ¿Qué sucede con aquellos órganos públicos que no pueden aplicar el control difuso de constitucionalidad? ¿Ellos están igualmente obligados a aplicar el control de convencionalidad?

Las preguntas no son estériles pues debemos considerar que existen países en los que no es posible la aplicación del control difuso de constitucionalidad y otros, como ocurre en el caso peruano, en los que las autoridades administrativas tienen anulada dicha facultad. La interrogante que se pone entonces de manifiesto es si con lo dicho por la Corte IDH, se les otorgan poderes especiales a todos estos actores vedados de aplicar el control de constitucionalidad para aplicar directamente el de convencionalidad.

Desde mi perspectiva, resulta irrelevante si una determinada autoridad estatal puede practicar o no el control de constitucionalidad para efectos de establecer si debe o no aplicar el de convencionalidad. Y es que, si partimos de la idea de que el control de constitucionalidad no es un prerequisite para aplicar el control de convencionalidad, será entonces inoficioso pretender anteponer la prohibición de practicar el control difuso de constitucionalidad – impuesta a ciertas autoridades judiciales o administrativas, dependiendo del Estado que se trate– para atacar la obligación que tienen, de todas formas, de aplicar el de convencionalidad.

Ello supone asumir la teoría de la simbiosis entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad expuesta por Sagüés (2011) que, en contrapartida con la teoría de los dos eslabones consecutivos que distingue ambos controles y los conecta sucesivamente (donde primero se ejerce el de constitucionalidad y luego el de convencionalidad), propugna por una noción de constitución convencionalizada. Es decir, una constitución que, al verse envuelta por el ropaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha dejado de ser ella sola, para convertirse en una suerte de cuerpo normativo más extenso gracias a los preceptos convencionales que se integran a ella.

Desde esta perspectiva, permitir que aquellos órganos (ya sean judiciales o administrativos) impedidos –ya sea por disposición legal o jurisprudencial– de ejercer el control difuso de constitucionalidad, puedan ejercer el control de convencionalidad redundará, en primer lugar, en la protección efectiva de los derechos de todas las personas y, en segundo término, logrará prevenir la responsabilidad internacional del propio Estado (Bolaños 2016).

Ahora bien, como una propuesta dirigida a mejorar el aspecto operativo y evitar descontroles en el ejercicio del control de convencionalidad, sería importante establecer que cualquier autoridad pública en nuestro país que ejerza dicho control –a excepción del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República– deberá elevar en consulta el control efectuado ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, tal y como ocurre actualmente con el control difuso de constitucionalidad que practican los jueces del Poder Judicial. Diseñar este mecanismo permitirá, desde mi punto de vista, desvanecer el temor generado por el Caso *Gelmán Vs. Uruguay* cuando le otorgó facultades plenas a toda autoridad pública para ejercer el control de convencionalidad, a la vez que abonará en esquematizar y ordenar de mejor manera la aplicación de la aludida técnica en un país como el nuestro.

¿INTERNACIONALISMO AVASALLADOR O NACIONALISMO HERMÉTICO?: LA MALENTENDIDA SOBERANÍA ESTATAL

Cada vez que la Corte IDH (y en realidad cualquier otro tribunal internacional) emite un fallo que resulta incómodo desde algún punto de vista, salen voces a enarbolar la idea de la soberanía estatal, a pesar de que quienes la predicán no sepan muy bien qué es lo que se quiere decir con dicha idea.

Naturalmente que esto lleva a la frecuente confusión de creer que la soberanía estatal, como tal, es absoluta y que, cual cajón de sastre, sirve para oponerla cuando no se tengan mayores argumentos para cuestionar las razones de fondo de lo decidido en el plano supranacional.

Lo que ahora se debe comprender es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ido ciertamente trastocando el

concepto original de soberanía estatal. Son los propios Estados quienes al ratificar un tratado en materia de Derechos Humanos entregan una parcela de su soberanía a fin de salvaguardar –incluso de ellos mismos– los derechos y las libertades de quienes se encuentran bajo su jurisdicción.

Sobre este cambio de perspectiva Risso (2012), con gran lucidez, nos advierte que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona, en tanto titular por su condición de tal de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Lógicamente que ello tampoco supone una prevalencia absoluta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, se presentarán escenarios en los que a lo mejor el derecho interno sea más garantista de los derechos y las libertades que los propios tratados internacionales. Sería absurdo pensar, en estos casos, que de todas formas debe prevalecer lo que dicta la norma supranacional. Se estaría yendo en desmedro del fin primigenio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que es, precisamente, proteger los derechos de las personas.

En ese sentido, se ha dicho ya que existe la obligación de aplicar siempre la norma que mejor proteja los derechos –ya sea que se trate de una norma interna o internacional– asegurando, eso sí, que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Nogueira 2013). Los derechos humanos son, entonces, como bien se ha dicho ya, un piso mínimo en la protección del ser humano.

CONCLUSIONES

De lo que se ha esbozado en este breve artículo se puede extraer que el control de convencionalidad, empleado de manera adecuada y dentro de las competencias asignadas, se constituye

en una verdadera herramienta aliada para la protección de los derechos humanos. Esta técnica es importantísima sobre todo en el plano interno pues no se debe perder de vista que nuestro sistema regional de protección de derechos humanos es subsidiario y, por tanto, corresponde a las autoridades nacionales en primer orden (jueces, legisladores, órganos administrativos, etc.) defender y respetar los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, no se puede dejar de lado tampoco que el despliegue y la realización del control de convencionalidad depende de muchos factores adicionales a los de la técnica jurídica, tal y como en su momento aconteció con el desarrollo y realización del control de constitucionalidad (Quinche 2017). En efecto, para que el control de convencionalidad logre desplegar sus efectos verdaderamente, resulta crucial atender la formación jurídica de quienes toman decisiones que repercuten, de alguna u otra manera, en los derechos y las libertades de las personas.

Ya lo dijo en su oportunidad el profesor Sagüés (2016) que, junto con el rechazo y la desnaturalización, la desinformación es otra de las dificultades que genera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sea apreciado en sus reales dimensiones y entendido de manera honesta, transparente y responsable.

La reflexión y la discusión, entonces, están servidas. En este horizonte pueden plantearse muchos puntos de vista en torno a lo que representa el control de convencionalidad y hasta cuestionar algunos puntos débiles que pudiera tener, pero en este proceso constructivo no se puede perder de vista que el producto final debe ser siempre el mismo: la protección de la persona humana.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

CASTILLO, LUIS (2013). La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos. En Álvarez, M. y Cippitani, R. (coordinadores). *Derechos individuales e integración regional (antología)*. (pp. 293-342). Roma, Perugia y Ciudad de México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterrey y Università degli studi di Perugia.

CORTE IDH (2003). Voto Concurrente Razonado del Juez García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 101.

Corte IDH (2004). Voto Concurrente Razonado del Juez García Ramírez en el Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 114.

Corte IDH (2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 154.

Corte IDH (2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 158.

Corte IDH (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 220.

Corte IDH (2011). Caso Gelmán Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221.

Corte IDH (2014). Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A No. 21.

Quinche, Manuel (2017). *El control de convencionalidad*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis.

Sagüés, Néstor (2016). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En Palomino, J. y Remotti, J. (coordinadores). *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Segunda edición. (pp. 37-56). Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Fuentes hemerográficas

Bolaños, Elard (2016). ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Administración Pública & Control*. (27) 3, 66-72.

Contreras, Pablo (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*. (2) 20, 235-274.

Risso, Martín (2012). Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. (16), 305-328.

Sagüés, Néstor (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la constitución convencionalizada. *Parlamento y Constitución Anuario*. (14), 143-152.

Sagüés, Néstor (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. (1) 8, 117-136.

Nogueira, Humberto (2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. (19) 10, 221-270.

González, Pablo (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*. (1) 15, 55-98.