

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Unas ideas introductorias
sobre el control de
convencionalidad



RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO

Rigoberto González Montenegro

**¿QUÉ ES EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD?**

**Unas ideas introductoras sobre el
control de convencionalidad**

**Panamá
2021**

3.^a edición

Copyright © 2021, Rigoberto González Montenegro

¿Qué es el control de convencionalidad?

Unas ideas introductorias sobre el control de convencionalidad

Índice

| | |
|---|----|
| Índice _____ | 3 |
| Introducción a la primera edición _____ | 4 |
| Introducción a la segunda edición _____ | 7 |
| Introducción a la tercera edición _____ | 9 |
| I. Unas reflexiones introductorias _____ | 12 |
| II. Un concepto de control de convencionalidad. Lo que implica dicho control _____ | 21 |
| III. Particularidades del control de convencionalidad ____ | 33 |
| IV. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho _____ | 42 |
| V. A manera de reflexión final _____ | 47 |
| Bibliografía _____ | 55 |

Introducción a la primera edición

Si algo caracteriza lo referente a los derechos humanos es el hecho que, históricamente, el reconocimiento de éstos no ha sido una tarea fácil. En ese sentido, hay que comenzar diciendo, de manera categórica, que los derechos humanos no siempre fueron reconocidos como tampoco, cuando comenzó a configurarse una idea de los mismos, se les haya reconocido a todas las personas por igual. Esto significa, por tanto, que regular o formular los derechos humanos ha representado, sin duda alguna, una larga y conflictiva lucha a través de la historia.

Pero, si larga, dura y difícil ha sido la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos, también lo ha sido la dedicada al establecimiento de los mecanismos que hagan posible, la defensa y garantía de los derechos humanos regulados en los tratados, declaraciones o convenciones sobre la materia.

Lo que significa, y es la idea que hay que dejar claramente precisada en estas reflexiones, que aprobar o ratificar tratados o convenciones sobre derechos humanos es de por si importante pero no suficiente. Esto es así porque se hace necesario, además, dotar a tales textos jurídicos internacionales, de los instrumentos que permitan, en caso del desconocimiento de los mismos, poder exigir su cumplimiento.

Esto es lo que explica que, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como se dispuso

regular una serie de derechos humanos, se hayan establecido, también, los mecanismos por medio de los cuales poder hacer efectivo éstos, cuando ha habido necesidad de reclamar su menoscabo, vulneración o desconocimiento.

Ha sido a partir del establecimiento de estos mecanismos, por medio de los cuales es posible exigir el cumplimiento de la Convención Americana, lo que dio lugar al surgimiento de lo que se ha dado en llamar, desde la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del control de convencionalidad.

Las presentes reflexiones están dirigidas a abordar este tema, lo que se hará en un sentido general, de forma tal que se cuente con un marco de referencia que permita comprender, en qué consiste dicho mecanismo de protección de los derechos humanos. No está demás dejar señalado, en esta introducción, que la existencia del control de convencionalidad no está exento de debate, en algunos casos de cuestionamientos en cuanto a sus alcances y repercusiones, a lo interno de los Estados Parte de la Convención Americana. De ahí, por tanto, la necesidad de conocer y estudiar la problemática que surge alrededor de dicho control.

Por consiguiente, hay que reconocer que existen sectores de la doctrina, que están en desacuerdo con algunos de los aspectos del control de convencionalidad, y que existen algunos que, incluso, lo rechazan.

Lo que no se puede eludir, en todo caso, es que el mismo existe, que el control de convencionalidad ha sido acep-

tado, en un gran sector de la doctrina, así como en el ámbito de competencia de algunos tribunales de justicia constitucional de los Estados que forman parte, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Lo que significa que el control de convencionalidad, en muchos de nuestros países, es un mecanismo que es llevado a cabo, por muchos de los jueces de los Estados miembros de la Convención Americana.

Esto es lo que justifica la razón por la que, se hace necesario, su estudio, su conocimiento. A ello van dirigidas, pues, estas reflexiones introductorias sobre el control de convencionalidad, y que sirvan como una contribución, en estos primeros cuarenta años, de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Rigoberto González Montenegro

Panamá, 2018

Introducción a la segunda edición

Estas reflexiones sobre el control de convencionalidad han sido elaboradas a objeto de servir de referencia doctrinal del Módulo, Jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en Materia de convencionalidad del Diplomado en Derechos Humanos y Control de Convencionalidad, que se imparte en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua.

Dicho Módulo en un inicio se llevó a cabo, entre los meses de abril y mayo del 2018. Debido al éxito que representó esta experiencia académica sobre un tema de gran actualidad y relevancia jurídica, se decidió volver a impartirlo en este mismo año de 2018.

Esto último es lo que explica esta segunda edición de estas reflexiones sobre lo que significa el control de convencionalidad y que llevan por título, ¿Qué es el control de convencionalidad? Unas ideas introductoras sobre el control de convencionalidad. A éstas se le han hecho unas correcciones y adiciones necesarias para fortalecer las ideas que se pretenden transmitir mediante las mismas.

Lo que debe quedar claro con respecto al tema del Diplomado, es que éste trata de una materia de obligado estudio y conocimiento, por constituir un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Como ya indicamos en la primera edición de estas reflexiones sobre el control de convencionalidad, este año de 2018 conmemoramos en América los Cuarenta años de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante ese hecho que nos enaltece como grupo humano, que el Diplomado en referencia y el presente trabajo constituyan un aporte al debate que se requiere sobre el control de convencionalidad.

Rigoberto González Montenegro

Panamá, 2018

Introducción a la tercera edición

Si en el mundo del Derecho no existieran materias, instituciones o temas sujetos a debate, éste no tendría, prácticamente y a mi juicio, mayor relevancia. Sería un mundo idílico en el que las normas jurídicas que lo componen, en el que las doctrinas que le dan forma y lo sustentan, no estarían sometidas a controversias, ya que todos los cultores de tal área del pensamiento, estarían conformes con las mismas y que por lo tanto las aprobarían y compartirían de manera unánime.

Desde luego que ello, y por fortuna, no es así. Lo característico del mundo jurídico es que existen los grandes temas, como diversas normas jurídicas, sujetas a debate, a controversias y, en algunos casos, a cuestionamientos que parecieran irreconciliables.

Y si esto termina siendo lo propio del mundo jurídico, con mayor razón lo serán las sociedades en las que las normas jurídicas que conforman el aludido mundo jurídico rigen.

Si en dichas sociedades existen discriminaciones o desigualdades, éstas terminan reflejándose, en una forma u otra, en las normas jurídicas que en estas sociedades son aprobadas.

Ésta ha sido, en gran medida, la historia de los derechos humanos. En efecto, cuando se estudia la historia de tales derechos nos encontraremos, por una parte, quienes perte-

neciendo a los grupos dominantes o mayoritarios, configuran el mundo jurídico a imagen y semejanza, beneficiándose en razón de ello de los derechos, prerrogativas y ventajas que da pertenecer a los grupos mayoritarios y, por la otra, quienes formando parte de los grupos minoritarios o dominados, reciben un trato desigual o discriminatorio y, por ende, excluyentes de los derechos, prerrogativas y ventajas de las que gozan quienes determinan y configuran las normas jurídicas de la sociedad.

Ahí está la historia y los hechos para quienes quieran verificarlo y, de ser el caso, refutar lo antes aseverado.

Todo esto se trae a colación ya que, de lo que se trata es dejar consignado que, cualquiera que sea el estudio o análisis que se haga de los mecanismos que se han ido estableciendo, con miras a tutelar los derechos fundamentales, cuando éstos están reconocidos en la Constitución, o de los derechos humanos, cuando los mismos están previstos en tratados, declaraciones o convenciones, se requerirá, para su mejor comprensión, de entender éstos como producto y resultado de todo un proceso de reconocimiento y de garantía siempre sujeto a debate, como ya antes se expresó en las anteriores introducciones del presente trabajo sobre el control de convencionalidad.

¿Por qué se afirma esto? Porque precisamente, a pesar de la ya existencia del control de convencionalidad, sobre el mismo se han estado planteando, desde cierto sector de la doctrina, reparos, cuestionamientos y uno que otro rechazo en cuanto a su regulación, fundamento, cuando no en cuanto a su alcance e intensidad.

Lo que significa que, así como en su momento el reconocimiento de ciertos derechos humanos ha sido rechazado o cuestionado, de igual manera lo ha terminado siendo el control de convencionalidad.

De ahí la importancia de seguir aportando trabajos como el presente que contribuyan, al debate y comprensión de lo que ha venido a representar el control de convencionalidad como cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos.

En todo caso, esta otra edición de estas reflexiones sobre el control de convencionalidad, parte del supuesto que tales reflexiones no son ni constituyen verdades absolutas, por lo que las mismas quedan sujetas a las reglas del tener razón, reglas que inventaron los griegos ya ha tiempo. Estas reglas son, argumentar, convencer, demostrar, comparar, disuadir, refutar.

De forma tal que, quienes tengan posiciones distintas sobre el tema aquí abordado, puedan contrastar las que aquí se exponen y, de ser el caso, mejorarlas, complementarlas con otras mejores o, si también se quiere, refutarlas.

Rigoberto González Montenegro
Panamá, 2021, año del Bicentenario de nuestra
independencia de España

I. Unas reflexiones introductorias

Cuando en la doctrina se estudia lo referente al Estado constitucional de Derecho, también conocido como Estado constitucional democrático y social de Derecho, siempre habrá un punto en común en el que se estará, mayoritariamente, de acuerdo. Dicho punto o aspecto es el que tiene que ver con las particularidades de las que debe estar revestida, la Constitución que sirve de fundamento jurídico-político a tal tipo de Estado.

En ese sentido, para que pueda hablarse de un Estado constitucional, la Constitución que sirve de fundamento a éste, tiene que caracterizarse en cuanto a su contenido, por una parte, en los límites que se han de establecer para el ejercicio del poder público del Estado y, por la otra, en el reconocimiento de una serie de derechos a favor de todas las personas que integran la comunidad del Estado.

En cuanto a esto último se ha procurado establecer en la Constitución, además de la regulación de tales derechos, toda una serie de mecanismos por medio de los cuales protegerlos cuando, independientemente de las circunstancias

de que se traten, estos derechos resulten desconocidos, menoscabados o restringidos de manera arbitraria.

Lo que significaría, de ahí, que como el reconocimiento de los derechos fundamentales es de la esencia del Estado constitucional, es lo que termina explicando que, en las Constituciones se establezcan, toda una serie de mecanismos jurisdiccionales para que, de manera específica, se puedan proteger los derechos fundamentales en éstas regulados.

Entre éstos mecanismos jurisdiccionales tenemos, la acción de habeas corpus, la acción de amparo o de tutela, como también se le conoce, la acción de habeas data, entre otros mecanismos de protección de índole jurisdiccional.

No cabe duda que, lo que se persigue mediante estas acciones o mecanismos de tutela, es que los derechos reconocidos a favor de las personas no queden a expensas, en cuanto a su eficacia o garantía, a lo que las autoridades dispongan según su criterio o que queden sujetos al resultado abusivo de sus actuaciones.

Es por esto por lo que toda persona requiere contar, dicho de otra manera, con la posibilidad de poder exigir, reclamar o promover la defensa de sus derechos, cuando considere que éstos le han sido desconocidos o vulnerados. Lo característico de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales a los que hemos aludido, es que con éstos lo que se busca hacer prevalecer, es el contenido normativo de la Constitución en cuanto a los derechos en ésta previstos.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

De esa manera, en la medida en que se puede tutelar el derecho que se dice vulnerado, también termina protegiéndose la Constitución.

Otra particularidad con relación a estos mecanismos, es que para que se alcance una mayor eficacia en lo que respecta a la protección que se espera de los mismos, es que el conocimiento de las acciones que se puedan promover, para la protección de los derechos, quede en manos de todos los jueces y tribunales del Poder Judicial del Estado de que se trate.

De esta manera, éstos, los jueces y tribunales de justicia vendrían a constituirse, en la autoridad a la que corresponderá, preponderadamente, jugar un papel relevante y determinante en la eficacia y protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, así como los Estados cuentan con una Constitución en la que se le da un gran realce, en su derecho interno, al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, también éstos, los Estados, a través de sus autoridades, se han estado comprometiendo, en los últimos años, a hacer valer una serie de derechos humanos que, en el ámbito internacional, son el resultado de querer fijar, por parte de todos los Estados que componen la comunidad de naciones, un Derecho común así como unos estándares mínimos para el reconocimiento y garantía en materia de derechos humanos.

Acorde a esta concepción y principio se derivan, dos aspectos de suma importancia.

Así, por una parte, se ha reconocido, en el ámbito internacional, la competencia que se atribuye a unos tribunales supranacionales a objeto que velen, por el cumplimiento de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos así acordados. Con ello se busca hacer eficaz, el objeto y fin de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos.

Por otra parte, también se ha reconocido, en dichas instancias internacionales, que si bien todos los jueces y tribunales, como todas las autoridades de los respectivos Estados, están sujetas, y por consiguiente, tienen que cumplir las normas jurídicas de su derecho interno, en la misma medida éstos y éstas quedan obligados a acatar, el derecho internacional en materia de derechos humanos que sus respectivos Estados se han comprometido a observar, a partir del momento en que éstos hayan ratificado los tratados y convenios en los que los mismos estén reconocidos.

Es a partir de esta realidad lo que ha dado lugar al establecimiento a lo que hoy día se conoce como, el control de convencionalidad. Es decir, al surgimiento y establecimiento lógico del mecanismo por medio del cual es posible entrar a verificar, y determinar, si se ha infringido, menoscabo, vulnerado o desconocido lo previsto en el tratado, declaración o convención sobre derechos humanos.

El establecimiento de este control o mecanismo de protección del contenido de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, ha dado lugar a que se hable, de dos modalidades o tipos de control de convencionalidad.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Así, uno sería el que se lleva a cabo por los tribunales supranacionales a los que se ha atribuido, de forma concreta, la competencia contenciosa para la protección de los derechos humanos. En este caso se estaría ante lo que se ha denominado, como el control concentrado, externo o supranacional de convencionalidad.

En cuanto a esta modalidad del control externo de convencionalidad, el mismo ha sido y es muy profuso en su ejercicio, en nuestra región, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este tribunal supranacional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha planteado, a su vez, que todos los jueces y tribunales del Poder Judicial de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que también han reconocido su competencia jurisdiccional como guardiana e intérprete última de la Convención Americana, están obligados a ejercer, de oficio y dentro del marco de sus respectivas competencias, un control de la convencionalidad.

Esto último es lo que ha dado lugar a que se hable de un control de convencionalidad interno o difuso, el que constituye la otra modalidad de control de convencionalidad que se conoce en la doctrina.

El presente trabajo aborda, de manera introductoria y en unas ideas generales, lo que dicho control de convencionalidad interno o difuso implica, su importancia y particularidades.

De manera que, dichas reflexiones tienen como referente, y se ubican por tanto, en el debate que sobre este mecanismo de tutela de los derechos humanos se ha estado generando, en el entorno de los países que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y al que, la doctrina, le ha dedicado diversos y múltiples trabajos.

Resulta importante dejar planteado, en estas reflexiones introductorias, antes de entrar a analizar en concreto lo que significa el control de convencionalidad interno o difuso, dos ideas que consideramos son necesarias tener presente, y que han de permitir una mejor comprensión de lo que ha venido a implicar dicho control, para la protección y eficacia de los derechos humanos.

La primera de ellas tiene que ver con la concepción misma de los derechos humanos, en cuanto a su evolución histórica, aspecto este que nos permitirá comprender, en toda su dimensión, todo lo que tiene que ver con el reconocimiento, desarrollo, evolución y protección de los derechos humanos.

Es decir, y a nuestro juicio, cualquier estudio que se haga sobre estos derechos, no puede pasar por alto que los derechos humanos no siempre fueron reconocidos y que, cuando comenzaron a reconocerse algunos de ellos, a cierto grupo de personas se les excluía de los mismos y que, pese a todo lo avanzado en cuanto a su importancia, todavía existen grupos de personas a los que, por distintas razones o motivos, no se les da igual tratamiento y protección que a los demás integrantes de la sociedad.

Desde nuestra perspectiva actual lo que hay que tener presente, por consiguiente, es que el reconocimiento de los derechos humanos ha pasado por distintas etapas y que, como bien lo anota Juan Antonio Travieso, “en cada una de esas etapas, los derechos humanos se fueron incorporando primero en las ideas políticas, luego se trasladaron al ámbito jurídico y por tanto al sistema normativo del derecho positivo interno, y por último se extendieron al sistema internacional”¹.

Lo que significa, según este planteamiento, y como ha sido sostenido en la doctrina, la problemática de los derechos humanos tiene que ser entendida como un proceso de perfeccionamiento, de avances, a veces de retrocesos, en otros momentos de superación de obstáculos y que, por tanto, éstos constituyen no un punto de llegada, sino un punto de partida.

Todo esto tiene que ver con lo que de manera atinada expresan, Javier Sádaba y José Luis Velásquez, cuando nos recuerdan que:

“...los Derechos Humanos son antes que nada y al margen de las muchas definiciones que de tales derechos se pueden dar, conquistas históricas, signos...en los que, una

¹ Travieso, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías*. Edit. He-
liasta, Argentina, 2005, p. 25.

vez alcanzados, no se puede dar marcha atrás”².

La otra idea se refiere, a lo que tiene que ver con la protección de los derechos humanos, y que es de lo que, de manera concreta, trata el control de convencionalidad. Es decir, por muy importante que resulte el reconocimiento y, por consiguiente, la regulación formal de los derechos humanos en los distintos y variados instrumentos internacionales, todos sabemos que ello, por sí solo, nunca será suficiente.

Se requiere, de ahí, dotarlos de los mecanismos jurídicos que hagan posible, que ante su eventual desconocimiento, vulneración o menoscabo, sea posible su tutela, es decir, su garantía de cumplimiento.

Esta concepción responde, y es cónsona, con la que surgió alrededor de la Constitución cuando ésta se estableció como norma jurídica. Se fue consciente, así, que para que dicha norma suprema desplegara su eficacia normativa, se hacía necesario establecer lo que con el tiempo ha venido a conocerse, como la jurisdicción constitucional o justicia constitucional.

Sin el mecanismo del control de constitucionalidad, como también se le conoce, la Constitución poco o nada pudiera cumplir con su cometido: servir de garantía para la eficacia de los derechos fundamentales así como para fijar

² Sádaba, Javier y Velásquez, José Luis. *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*. Edit. Temas de hoy, España, 1998, pp. 35-36.

los límites en el ejercicio del poder político del Estado, como ya se indicara.

Como bien lo señala Luigi Ferrajoli, idea que es aplicable para el caso de los tratados, convenciones o declaraciones sobre derechos humanos, “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”³.

Lo que vendría a significar, para el caso de las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos, que de nada serviría su ratificación por parte de los distintos Estados, por bien elaborados y formulados que estén, si éstos y éstas no cuentan, a su vez, con los mecanismos que posibiliten hacerlos efectivos ante la eventualidad de su desconocimiento, infracción o menoscabo.

Quedarían reducidos, de carecer dichos tratados, convenciones o declaraciones de derechos humanos, de los mecanismos con los cuales proteger su contenido normativo, para decirlo con palabras de Luigi Ferrajoli, a simples hojas de papel o de simples proclamas ornamentales.

Es a esto a lo que ha venido a dar respuesta, contar con un mecanismo eficaz de protección de los derechos

³ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, España, 1995, p. 852.

humanos, el control de convencionalidad, como veremos a continuación.

II. Un concepto de control de convencionalidad. Lo que implica dicho control

Con respecto al concepto de lo que se entiende por control de convencionalidad, nos dice el jurista y autor venezolano, Allan R. Brewer-Carias, que éste es “el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que éstas son contrarias o incompatibles con aquellas, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconventionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada”⁴.

Como puede observarse, el citado autor, de manera precisa, al aludir al concepto de control de convencionalidad, lo hace refiriéndose al que de manera concreta le corresponde llevar a cabo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su condición de guardiana e intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ Brewer-Carias, Allan R. «Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo». Recopilado en la obra *Estudios sobre el control de convencionalidad*. Colección Estudios Jurídicos No. 119. Edit. Jurídica Venezolana, Venezuela, 2015, p. 36.

Por su parte, el profesor y jurista mexicano, Miguel Carbonell, señala que, “el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a ‘garantizar’ su pleno y libre ejercicio”⁵.

Este otro autor, como resulta fácil deducir, alude al control de convencionalidad que compete poner en práctica, a lo interno de los Estados Parte de la Convención Americana, en razón de la obligación que han asumido al ratificarla.

Al referirse a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), dejaba consignado que:

“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

⁵ Carbonell, Miguel. *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. Centros de Estudios Carbonell, México, 2015, p. 139

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”.

En dicho Caso, también indicaba la Corte Interamericana que, “en esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’⁶. En efecto, esta regla de cumplimiento de los tratados y convenios internacionales, está consignada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 53 consultable en el sitio www.corteidh.or.cr

Posteriormente, en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana sostenía que, “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁷.

Como se ve, tanto de los autores citados como de los fallos de la Corte Interamericana aludidos, se infiere lo que implica el control de convencionalidad. Éste vendría a ser, así, un mecanismo mediante el cual lo que se busca es que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se haga efectiva de acuerdo a su objeto y fin, y que por lo tanto, se cumpla incluso sobre el derecho interno del Estado que la haya ratificado, en este caso, cuando el derecho interno de dicho Estado, no tutele o proteja lo suficiente el derecho humano que se reclame, o sea contrario o vulnere los parámetros convencionales.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, p. 47 consultable en el sitio www.corteidh.or.cr

El referido control debe ser llevado a cabo por los tribunales del país de que se trate, toda vez que éstos, si bien están sometidos a las normas jurídicas de su país, también están sujetos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este control debe hacerse, como lo indica la Corte Interamericana, *ex officio*, lo que significa que ni siquiera tiene que ser requerido por persona alguna. Dicho de otra manera, es una obligación de los tribunales, efectuar el control de convencionalidad sin que haya necesidad de requerírsele.

En concreto, el control de convencionalidad es un mecanismo por medio del cual, ya sea por parte de la Corte Interamericana, cuando es este tribunal el que lo lleva a cabo o, cuando son los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados Parte de la Convención Americana los que lo ejercen, es posible confrontar el derecho interno del Estado cuyas autoridades han sido cuestionadas o demandadas por haber infringido, menoscabado, vulnerado u omitido garantizar los derechos humanos de una persona, con la Convención Americana, así como con la jurisprudencia que sobre ésta ha ido emitiendo la Corte Interamericana.

La finalidad de confrontar o poner en práctica dicho control, es poder establecer, verificar o determinar, si se ha menoscabado o no, los derechos humanos reconocidos a la persona humana en la Convención. En el caso que se compruebe la inconvencionalidad, el tribunal que lleve a cabo el control de convencionalidad, deberá hacer prevalecer la Convención Americana.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Con más precisión, mediante el control de convencionalidad, el encargado de ejercerlo, confronta el derecho interno de un Estado miembro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con la Convención Americana. Dicho control tiene como propósito establecer, si el derecho interno del Estado de que se trate, es o no conforme con la Convención.

De donde se sigue que, si como resultado del control así llevado, se establece que el derecho interno del Estado demandado como infractor de la Convención Americana, no es conforme o no se ajusta a ésta, la norma del derecho interno no podrá aplicarse por lo que, en su momento, deberá ser removida, derogada o adecuada por las autoridades del respectivo Estado, a los parámetros fijados por la Convención Americana como a los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana.

El propósito último que se persigue con la puesta en práctica del control de convencionalidad, es hacer efectivo el objeto y fin de la Convención Americana, como lo es garantizar el reconocimiento de los derechos humanos en ella previstos.

De lo expuesto se infiere que existen, dos tipos o modalidades de control de convencionalidad, como se reconoce en la doctrina.

Uno es el que compete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al corresponderle la custodia como intérprete última de la Convención Americana. Este tipo de control es conocido, como ya se indicó, como el control de

la convencionalidad concentrado, externo o supranacional y tiene como sustento la propia Convención Americana.

La otra modalidad es la que compete, a todos los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención Americana. A éste se le conoce como control de la convencionalidad difuso y es producto, como pudo observarse, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ahora bien, ¿con qué propósito debe hacerse tal control? Pues a objeto, como ha señalado la Corte Interamericana, de “*hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto*” en la Convención.

Es quizás éste, el aspecto más relevante y controversial de lo que implica el control de convencionalidad ya que, de acreditarse que una norma, ley o práctica del derecho interno de un país, es contraria o no es conforme con la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se tiene que hacer prevalecer dicha Convención así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana emitida cuando interpreta la Convención.

Lo que significa, de acuerdo a lo explicado, que una vez acreditada la inconventionalidad, no se debe aplicar el derecho interno contrario a la Convención y, por consiguiente, es ésta la que debe prevalecer sobre cualquier norma del derecho interno infractora o desconocedora de ésta.

Esta particularidad del control de convencionalidad es tan significativa que, incluso, cuando una norma constitucional de un Estado es contraria a la Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto que la misma tiene que ser modificada, a fin de ajustarla a la Convención.

Ello ocurrió así, en el llamado caso, “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Decía la Corte en el citado Caso que, “al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.

Una vez señalado esto en la sentencia en mención, dispuso la Corte Interamericana que, “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘*La Última Tentación de Cristo*’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”⁸.

La sentencia así emitida por la Corte Interamericana, llevó a que el Estado chileno, mediante “la Ley de Reforma

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, pp. 35 y 39 consultable en el sitio www.corteidh.or.cr

Constitucional N° 19.742, que eliminó la censura previa, reemplazándola por un sistema de calificación cinematográfica”, modificara su Constitución dando, de esa manera, cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana.

Lo relevante y significativo del Caso en mención es que en éste, parte del debate se centraba, en la existencia de una norma constitucional del Estado chileno que, al establecer la censura previa en materia cinematográfica, la hacía contraria a la Convención Americana. Ello motivó a que la Corte Interamericana determinara la inconvencionalidad de dicha disposición constitucional, con el resultado de la respectiva condena de responsabilidad internacional del Estado chileno y la consecuente modificación de su Constitución.

Tal modificación tenía como finalidad, adecuar su derecho interno constitucional, a la Convención Americana, lo que terminó haciendo el Estado chileno.

Por debatible que pueda ser este aspecto del control de convencionalidad, y que tiene que ver con la competencia que asume la Corte Interamericana como guardiana e intérprete última de lo establecido en la Convención Americana, lo cierto es que de nada serviría que los Estados suscribieran y ratificaran tratados y convenios sobre derechos humanos, y después puedan aducir su derecho interno, para desconocer lo que en dichos tratados y convenios se haya dispuesto, en materia de derechos humanos.

Es por ello por lo que, cuando una norma jurídica del derecho interno de un Estado parte de la Convención Ame-

ricana, independientemente de la jerarquía que sea, lo que incluye su Constitución, es contraria, menoscabe, desconozca, restrinja o vulnere la Convención, dicha norma jurídica no deba prevalecer en detrimento del objeto y fin de la Convención, que no es otro que: garantizar y hacer eficaz los derechos humanos en tal Convención reconocidos.

Esto es así ya que a eso es a lo que se han comprometido los Estados Parte de la Convención Americana al ratificarla, tal y como se deja consignado en el artículo 1 de la Convención en el que se dispone que:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

De donde se sigue que, en estos casos, una vez acreditada la vulneración de la Convención por parte del derecho interno del Estado demandado, el mismo deba adecuarse a

los parámetros convencionales, a fin de hacer valer la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y, si esa norma jurídica es la Constitución, es ésta la que debe adecuarse a la Convención.

Esto último también tiene sustento en lo que el artículo 2 de la Convención Americana se señala, al establecer que:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Con relación a este tema, discutible y controversial del control de convencionalidad, nos dice Néstor Pedro Sagües que, “en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona

al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré, ‘paralizada’ (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto)”⁹.

De todo lo expuesto en estas ideas introductorias y generales sobre el control de convencionalidad, se sigue que lo que éste viene a implicar es que, desde el momento en que un Estado ratifica un tratado o convención sobre derechos humanos, el mismo queda obligado a su cumplimiento. Lo que significa que a partir de ahí, no podrá alegar su derecho interno, con miras a dejar de cumplir o acatar lo dispuesto en el tratado o convención ratificada.

Ello conllevará a que, todo su derecho interno, deberá adecuarse y ser, en consecuencia, conforme al contenido del tratado o convención sobre derechos humanos. Esto hará posible que se haga eficaz, el objeto y fin de lo pactado en materia de derechos humanos, por parte del Estado que así ha procedido, es decir, que se reconozcan, respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas a los que van dirigidos los mismos.

De ahí que, en el evento en que se produzca una contravención de lo dispuesto y reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, se contará con el control de convencionalidad, ya sea que lo ejerza la misma Corte Interamericana o, cuando ello deba hacerlo el Poder

⁹ Sagües, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 128-129 consultable en el sitio www.scielo.cl

Judicial de uno de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a objeto de hacer prevalecer la Convención sobre el derecho interno, lo que ha de permitir que se cumpla con el objeto y fin de tal Convención.

III.Particularidades del control de convencionalidad

De los distintos y variados criterios jurisprudenciales que ha ido emitiendo la Corte Interamericana con respecto al control de convencionalidad difuso, se pueden extraer una serie de particularidades que permiten precisar la relevancia de dicho control, como mecanismo que permite hacer efectiva, en el derecho interno de los países miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana.

Dichas particularidades han ido estableciéndose, desarrollándose y matizándose por la Corte Interamericana, a lo largo de los distintos Casos en los que ha intervenido como intérprete última de la Convención Americana.

En ese sentido, desde un principio la Corte planteó una serie de aspectos que con el tiempo fue ampliado y concretando, lo que permite, además de hacer un uso adecuado y eficaz del control de convencionalidad interno o difuso, comprender los alcances del mismo. En ese sentido, dichas particularidades del control de convencionalidad pueden identificarse de la siguiente manera:

1. La Corte Interamericana parte del supuesto, y como un hecho no discutible, que los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención, están sometidos al sistema jurídico de su país.

Esto lo dejaba claramente establecido en esos términos la Corte Interamericana, desde el fallo emitido por razón del Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cuando en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, en su párrafo 124, y al cual ya se hizo referencia, consignaba que, “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”.

De donde se sigue que, el ejercicio del control de convencionalidad, no conlleva ni implica desconocer el sometimiento al que quedan sujetos, todas las autoridades del Estado de que se trate, lo que incluye desde luego a todos sus jueces y tribunales, a las normas de su derecho interno.

Esto es de suma importancia dejarlo resaltado en la medida en que, todo juez sabe y tiene la obligación, en el ejercicio de su cargo, de conocer el derecho interno de su país. Está obligado, por tanto, a aplicar su derecho interno y resolver las causas en base a éste, salvo cuando alguna de las normas jurídicas de este derecho sea contraria, menoscabe, vulnere u omita un derecho humano reconocido en la Convención Americana.

Por ende, la existencia del control de convencionalidad difuso no implica que se vaya a producir, de antemano, el desconocimiento o la no aplicación del derecho interno del

Estado Parte de la Convención Americana. Ello sólo ocurrirá en el caso en el que, el derecho interno del Estado, sea contrario, no sea conforme o no se ajuste a la Convención Americana como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre dicha Convención.

Lo que vendría a significar que, si el derecho interno es infractor, menoscaba o vulnera la Convención Americana, es ésta la que deberá aplicarse y no el derecho interno que la desconoce, que le es contrario, la vulnera u omite.

2. Es por ello por lo que dejaba consignado, desde un principio la Corte Interamericana en el ya citado Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, que desde el momento en que un Estado ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal compromiso así asumido, exige que sus jueces y tribunales de justicia, quedan también sujetos a la observancia y cumplimiento de dicha Convención.

De ahí entonces que en el ejercicio de sus funciones, estén obligados a tener presente, lo que sobre derechos humanos tiene regulado y previsto la Convención Americana.

En el ya citado fallo, en efecto, señalaba la Corte Interamericana que, “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”.

Dicho de otra manera, desde el momento en que un Estado ratifica un tratado o convención sobre derechos humanos, sus jueces y tribunales quedan comprometidos a acatar, como autoridades de dicho Estado, además de su derecho interno, el Derecho que sobre derechos humanos queda consignado en dichos tratados y convenciones. Y, como quedan sujetos a lo comprometido por su Estado en materia de derechos humanos, no les queda otra alternativa que aplicar los tratados o convenciones sobre derechos humanos, en el ejercicio de sus funciones.

3. De lo anterior se deriva que, en la medida en que los jueces y tribunales de los Estados Parte de la Convención Americana, están sujetos a ésta de la misma manera que a su derecho interno, quedan obligados a verificar que, en el ejercicio de sus competencias, no existan ni se apliquen normas jurídicas que sean contrarias o menoscaben los derechos humanos reconocidos en la Convención.

4. Lo que significa, como consecuencia de la anterior particularidad del control de convencionalidad, que si el juez o tribunal que conoce de una causa, se percatara que existe una ley o norma jurídica del derecho interno del Estado al que pertenece, que sea contraria, infrinja, menoscabe o restrinja uno o varios derechos de los reconocidos en la Convención Americana, una u otra carecerá, desde un inicio, de efectos jurídicos. Por lo que ya sea la ley o la norma jurídica así acreditada, no podrá ser aplicada por el juez o tribunal en el caso que viene conociendo.

La razón de la no aplicación tiene como fundamento, su desconocimiento, menoscabo o restricción de un dere-

cho humano previsto en la Convención Americana. La no aplicación del derecho interno que es contrario a la Convención, hace que sea ésta la que prevalezca, trayendo como resultado que se garantice y haga cumplir su objeto y fin.

La no aplicación del derecho interno, por ser contrario a la Convención Americana, y la obligación de tener que adecuar, ajustar, modificar o derogar lo que es infractor de la Convención, obedece al compromiso de acatar la Convención asumido por el Estado al ratificarla. Y ese compromiso asumido pasa por hacer eficaz, por garantizar, los derechos humanos en la Convención reconocidos aunque con ello deban sus autoridades dejar de aplicar su derecho interno.

5. Muy íntimamente relacionada con las anteriores particularidades se produce otra, y que se deriva como consecuencia lógica de las antes aludidas, y que consiste en que, si se demuestra o establece que existe una ley o norma jurídica que es contraria a la Convención Americana, no sólo debe dejarse de aplicar dicha ley o norma, sino que se debe adecuar el derecho interno del Estado de que se trate, al contenido de lo que sobre derechos humanos tiene regulada la Convención.

Dicho de otra manera, para hacer prevalecer la Convención Americana sobre el derecho interno que es contrario a la misma, no es suficiente con no aplicar éste al caso que está conociendo un juez o tribunal en particular, sino que se requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención con su objeto y fin, lo

que implica adecuar, modificar y, si es el caso, derogar, aquellas leyes o normas jurídicas que sean contrarias a la Convención.

Esto también implica la posibilidad, o la obligación por parte del respectivo Estado, de adoptar medidas o aprobar normas jurídicas, con miras a hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

Esto queda claramente establecido, por la Corte Interamericana, en la Sentencia emitida por razón del Caso *la Cantuta vs. Perú*, cuando señalaba dicho tribunal de derechos humanos que, en el artículo 2 de la Convención, se “establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)”. A lo que adiciona que:

“Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”¹⁰.

6. ¿Cómo se hace efectiva la Convención Americana a fin que se pueda alcanzar y garantizar su objeto y fin? Pues, para hacer efectiva la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es por lo que todos los jueces y tribunales de los Estados miembros de la Convención, están obligados a llevar a cabo, dentro de sus respectivas competencias, un control de convencionalidad entre la Convención Americana y las normas jurídicas del derecho interno del Estado al que pertenecen.

Este control deben hacerlo, como lo ha señalado la Corte Interamericana en distintos fallos sobre el tema, *ex officio*, lo que significa que no deben esperar a que así se lo requiera una de las partes del proceso del que conocen. Su obligación, su deber, es llevar a cabo dicho control de convencionalidad, de manera que, en el evento que ello se re-

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, pp. 90-91 consultable en el sitio www.corteidh.or.cr

quiera, se haga prevalecer la Convención Americana sobre el derecho interno que le sea contrario a ésta.

7. Por último, y sin que ello signifique que éstas puedan ser consideradas las únicas particularidades del control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha señalado que, los jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención, al momento de ejercer el control de convencionalidad, deben tener presente, no solamente lo que tiene previsto la Convención American, sino también la jurisprudencia que sobre ésta ha ido emitiendo la Corte en los distintos casos que han sido de su conocimiento.

Expresado en otros términos, deberán aplicar en el control de convencionalidad, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia producto de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete última de tal Convención sobre derechos humanos.

Lo que significa que el parámetro de convencionalidad a tener presente sería, la Convención Americana y la jurisprudencia que sobre ella ha ido emitiendo la Corte Interamericana. Ello obliga, de ahí, a conocer, a estar al tanto de las sentencias que vaya profiriendo la Corte Interamericana al ejercer sus funciones contenciosas.

Las particularidades antes reseñadas son resumidas, en una forma u otra, en la Sentencia de 26 de noviembre de 2010, proferida por razón del Caso *Cabrera García y Montiel*

Flores vs. México en la que dejaba consignado la Corte Interamericana que:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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, todos sus órganos, incluidos sus jueces, *también están sometidos a aquél*, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados *por la aplicación de normas 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, *in-*

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

térprete última de la Convención Americana”¹¹
(las cursivas son nuestras).

Todas y cada una de las particularidades antes aludidas, nos permiten conocer lo que implica el control de convencionalidad, así como su importancia y alcance como mecanismo a través del cual es posible hacer prevalecer y, por tanto garantizar, la aplicación de la Convención Americana.

Con la aplicación en el derecho interno de los respectivos Estados miembros de la Convención Americana se logra dar cumplimiento a su objeto y fin, que no es otro que se hagan valer los derechos humanos en ella reconocidos a toda persona humana por el solo hecho de serlo.

IV. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho

Cuando en la doctrina se debate sobre lo que implica, el Estado constitucional de Derecho, se está aludiendo a aquel tipo de Estado sustentado sobre la base de la existencia de una Constitución con plena eficacia normativa.

Es decir, el Estado constitucional es un Estado que cuenta con una Constitución con fuerza normativa y que, además, se trata de una Constitución que responde a la concepción de lo que ha implicado el constitucionalismo. Según éste, la Constitución debe contener, como mínimo, el reconocimiento de los derechos fundamentales así como

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de Noviembre de 2010, p. 86. consultable en el sitio www.corteidh.or.cr

los límites a los que ha de quedar sujeto el poder político del Estado.

Es a partir de ahí, ante tal supuesto, que la Constitución así existente, así entendida, se impondrá sobre el resto de las otras normas jurídicas que se elaboren y aprueben en dicho Estado.

En concreto, el Estado constitucional de Derecho se fundamenta, en lo que ha venido a conocerse, como el principio de *supremacía constitucional*. De acuerdo a este principio, como lo anota Néstor Pedro Sagües, “el sector más significativo”, de las normas constitucionales, “goza de un rango o alcurnia superior al resto del derecho positivo: tiene supremacía, de tal modo que las normas inferiores o las conductas opuestas a él, son jurídicamente inválidas”¹².

El surgimiento, establecimiento, desarrollo y consolidación del Estado constitucional vino a representar, el cambio de todo un paradigma tanto político como jurídico. Esto es así toda vez que, a partir de ahí, se ha venido a entender que, todos los poderes constituidos del Estado constitucional, incluyendo el poder legislativo, quedarían sometidos a lo previsto en la Constitución.

De esta manera, el poder político quedaba sujeto, en sus diversas formas de actuación, a lo que se tenía previsto en la Constitución, con lo que era posible garantizar, de acuerdo a unos parámetros mínimos, el ejercicio de los derechos fundamentales regulados en tal norma suprema.

¹² Sagües, Néstor Pedro. *Los principios específicos del derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1992, pp. 27-28.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Para hacer efectivo dicho principio de supremacía constitucional, se configuró, de acuerdo a distintos modelos, todo un control de la constitucionalidad. Surgió, de esa manera, lo que con el tiempo ha venido a llamarse, desde ciertos sectores de la doctrina, como la justicia constitucional.

Dicho control de constitucionalidad permite, a través de un proceso jurisdiccional, poder verificar, previa confrontación entre la norma de inferior jerarquía y la Constitución, si aquélla se ajusta, es conforme o no con la norma suprema constitucional. De comprobarse que es infractora de la Constitución, se produce la inconstitucionalidad de dicha norma, por lo que se hace prevalecer, de ahí, la Constitución por ser ésta la norma de superior jerarquía.

Es esto lo que es de la característica esencial del Estado constitucional de Derecho. Un Estado que se sustenta sobre la existencia de una norma de superior jerarquía a las otras, y que se hace valer, a objeto de limitar el poder político en ella formulado, con miras a hacer efectivo los derechos fundamentales en la Constitución reconocidos.

¿Qué ha venido a cambiar con el surgimiento del control de convencionalidad? Que ahora, además del control de constitucionalidad, han de contar, tener presente y llevar a cabo los operadores de justicia, como se ha visto, el control de convencionalidad. Ello no significa ni se trata, desde luego, que desaparezca ni pierda importancia el control de constitucionalidad.

Dicho de otra manera, el control de convencionalidad no hace desaparecer el control de constitucionalidad, éste

sigue existiendo, sigue desempeñando su papel de mecanismo de protección de la *supremacía constitucional*, pero el ejercicio de dicho control ya no es suficiente, cuando de la tutela de los derechos humanos se trata.

Si lo que se quiere y busca es proteger, de la manera más amplia y eficaz posible los derechos humanos, se hace necesario contar con nuevos mecanismos que permitan que ello sea así. Con esto lo que viene a fortalecerse es el Estado constitucional de Derecho, pasando a convertirse en un Estado constitucional y convencional de Derecho.

Significa esto, expresado en otras palabras, que termina teniendo otra concepción la protección de los derechos humanos a lo interno de cada Estado, en la medida en que ahora, además de la visión que se hace desde la Constitución, se tiene que hacer una desde la perspectiva de los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.

Como bien anota Omar Giovanni Roldán Orozco, “la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible. No se trata de imponer uno sobre otro, sino de complementar las visiones, de crear armonía entre ellos, de catalogar derechos de manera homogénea otorgando al juzgador la facultad de valorar y decidir la aplicación de aquel precepto que más se adecue al principio *pro persona* de interpretación de los derechos humanos”¹³.

¹³ Roldán Orozco, Omar Giovanni. *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 101-102.

En ese mismo orden de ideas, y como también lo señala el jurista panameño, Boris Barrios, cuando manifiesta que, “hoy, la justicia contemporánea requiere que las decisiones y su argumentación responda a una constante revisión del texto constitucional, convencional y al derecho de los tratados en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, atendiendo al control difuso de convencionalidad”¹⁴.

Por tanto, a partir de la existencia y ratificación de los tratados, declaraciones o convenciones en materia de derechos humanos, desde el momento en que los Estados se comprometen a su cumplimiento, de igual manera, a partir que se establecen los mecanismos por medio de los cuales es posible enfrentar las infracciones a tales textos internacionales, con miras a hacer valer los derechos en éstos reconocidos, ya no sólo cabe hablar de Estado constitucional de Derecho sino que ahora, lo que existe es un Estado constitucional y convencional de Derecho.

De acuerdo a lo que significaría el Estado constitucional y convencional de Derecho, los derechos humanos reconocidos en los tratados, declaraciones o convenciones internacionales, vendrían a protegerse, además de con los mecanismos tradicionales propios de la justicia constitucional, con el control de convencionalidad.

De esa manera, y como lo observa el jurista panameño, Henry Eyner Isaza, “se transita de las tradicionales ‘garantías constitucionales’ a las ‘garantías convencionales’, te-

¹⁴ Barrios González, Boris. *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 2014, p. 107.

niendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales en Materia de Derechos Humanos¹⁵.

De donde se sigue que, con el fortalecimiento del Estado constitucional, ahora convertido en Estado constitucional y convencional de Derecho, lo que termina garantizándose, de manera más eficaz y cónsona con los parámetros convencionales, son los derechos humanos que le son reconocidos a toda persona por el solo hecho de serlo.

V. A manera de reflexión final

Las reflexiones expuestas, apenas son y constituyen, unas ideas generales sobre el concepto, sentido y particularidades del control de convencionalidad. No cabe duda que es mucho lo que todavía se puede, y debe debatir, sobre este mecanismo de tutela o de protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

De lo que si no cabe duda es que, el control de convencionalidad interno o difuso, representa todo un cambio de paradigma en la forma de entender la protección de los derechos humanos. De ahí la importancia de su estudio, análisis, reflexión, debate, como de posibles cuestionamientos, por parte de todos los estudiosos del Derecho, independientemente sea la disciplina jurídica de su preferencia.

¹⁵ Isaza, Henry Eyner. *La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*. Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2015, pp. 64-65

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

¿Por qué se afirma que el control de convencionalidad ha venido a representar, todo un cambio de paradigma, en la forma de concebir y proteger los derechos humanos? Pues porque pone a prueba, amplía y supera, toda una serie de concepciones y principios que se han ido elaborando y estableciendo, desde la óptica del Estado y su Derecho, en cuanto al reconocimiento y garantía en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad, así, se ubicaría en aquella corriente doctrinal que alude, a las distintas etapas por las que ha pasado y evolucionado, el Estado de Derecho hasta culminar en la que lo ha incorporado y, ha dado lugar, a una nueva forma de entender dicho Estado, en cuanto a la manera de asumir, reconocer y proteger los derechos humanos.

En ese sentido, diversos autores han aludido a tales etapas, identificando y diferenciando al Estado de Derecho como, Estado legal de Derecho, Estado constitucional de Derecho y Estado constitucional y convencional de Derecho o, simplemente, Estado convencional de Derecho.

Uno de estos autores lo es, por ejemplo, Manuel Fernando Quinche Ramírez, quien al abordar el tema ha señalado que:

“De análoga forma a como en la modernidad el Estado legislativo de derecho suponía metodológicamente la existencia del principio de supremacía de la ley, y como el Estado constitucional democrático de la segunda mi-

tad del siglo XX supone la existencia metodológica del principio de supremacía de la Constitución, de la misma manera en el ámbito del Estado actual y del compromiso internacional por la defensa, garantía y protección de los derechos humanos, se impone la existencia y vigencia del principio de supremacía de la Convención Americana y del derecho convencional¹⁶.

De acuerdo a lo expresado por el citado autor colombiano, y según la concepción imperante, en el Estado legal de Derecho, se partía del supuesto que, todos los poderes públicos, quedaban subordinados a la ley proferida por el Parlamento, en el que se encontraba representada la voluntad popular. Prevalecía en este tipo de Estado, como se infiere, el principio de legalidad y, el método de interpretación jurídica que se resaltaba, era el de la interpretación exegética, que implicaba ajustarse a la letra o voluntad del creador de la ley.

En concepción del Estado legal de Derecho, los derechos fundamentales dependían, en cuanto a su reconocimiento y eficacia, a lo que se dejara establecido en la ley. Dicho de otra manera, los derechos humanos, en cuanto a su reconocimiento y protección, quedaban sujetos a lo que en la ley dispusiera el legislador.

¹⁶ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad*. Edit. Temis, Colombia, 2014, p. 65.

Al superarse esta concepción, surge el denominado Estado constitucional de Derecho. En éste se hace prevalecer, el principio de supremacía constitucional, al reconocerse a la Constitución como norma jurídica con plena eficacia normativa que se antepone, a todas las otras leyes y normas jurídicas del Estado. Ahora, en este otro tipo de Estado, todos los poderes públicos, incluyendo al Parlamento, quedarán sujetos y subordinados, a lo establecido en la Constitución, al ser ésta producto del poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo.

Con respecto a esta concepción, nos dice Rodolfo Vigo, que al entenderse a la Constitución como “norma jurídica superior”, “ella no se reduce a ser un programa político que limita y estructura el poder del Estado, sino que tiene todas las características de una regla jurídica, aunque cuantitativamente superior, que por estar en ese lugar jerárquicamente superior, logra imponerse a cualquier otra norma del derecho vigente que preside”¹⁷.

En ambos supuestos, es decir, en ambos tipos de Estados, se reconocían y reconocen los derechos fundamentales, incluso, en el caso del Estado constitucional de Derecho, como ya se aludió, se prevenían y se prevén, mecanismos que de manera específica, protegen los derechos fundamentales cuando éstos son vulnerados.

Por otra parte, hay que hacer énfasis que, hacer respetar los derechos fundamentales depende, de manera preponde-

¹⁷ Vigo, Luis Rodolfo. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Edit. Porrúa, México, 2013, p. 38.

rante, del papel que jueguen y desempeñen todas las autoridades, de las que compete, primordialmente al Poder Judicial del Estado constitucional, llevar a cabo un protagonismo determinante en dicho cometido.

De igual forma, la amplitud, desarrollo y garantía de los derechos fundamentales, quedaba y queda supedita, a lo que se determine en el derecho interno del Estado de que se trate. Esto encuentra mayor relevancia, cuando dichos derechos son reconocidos en la Constitución, por lo que pasan a conocerse como derechos fundamentales.

Lo básico, en todo caso, es que la problemática que gira alrededor de la protección de los derechos fundamentales, desde la óptica del Estado constitucional, se plantea, se debate y dilucida, dentro del ámbito de la soberanía de este tipo de Estado, y acorde a las competencias de sus autoridades judiciales.

Todo esto viene cambiar desde la perspectiva del Estado constitucional y convencional de Derecho. De ahora en adelante, y por razón del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos y el control de convencionalidad, cuando sobre lo que se debate tiene que ver, con la posible vulneración de un derecho que, además de estar reconocido en la Constitución, también lo está en un tratado o convención sobre derechos humanos, dilucidar y decidir si éste ha resultado o no desconocido o menoscabo, no termina ni en el ámbito del Estado de que se trate ni acorde a su derecho interno.

Lo que se quiere dejar establecido es que, a partir del reconocimiento de los derechos humanos, desde el momento en el que éstos van a quedar formulados en tratados y convenciones internacionales, va a ser toda una jurisdicción especializada y a cargo de tribunales supranacionales, a los que corresponderá pronunciarse sobre las posibles violaciones de los referidos derechos humanos, cuando a lo interno de los Estados el reconocimiento y protección de los derechos humanos no sea plenamente eficaz.

Adicional a ello, y como resultado de la obligación contraída por los distintos Estados, al ratificar dichos instrumentos jurídicos de índole internacional, que para el caso nuestro lo constituye, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus autoridades quedarán sujetas y obligadas a hacer valer, a lo interno de sus Estados y aun en contra de su derecho cuando éste le sea contrario, los derechos humanos así reconocidos.

En un caso y otro, es por medio del control de convencionalidad, que será posible hacer eficaz los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, y con ello, los derechos en éstos regulados.

Lo que vendría a significar, expresado de otra manera, que la última palabra en materia de protección de los derechos humanos, cuando sobre éstos haya una controversia por su posible violación, no la tendrán los tribunales del poder judicial de los respectivos Estados, sino los tribunales de la jurisdicción internacional creados con el fin de hacer valer, los instrumentos jurídicos internacionales en los que estos derechos han sido reconocidos, que para el

caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es la Corte Interamericana.

Es por todo lo anotado por lo que, a ningún jurista que se aprecie de serlo, a ningún académico que se considere como tal, debe serle ajeno ni ignorar que, a partir del reconocimiento de la existencia del control de convencionalidad, “ningún abogado que inicia un proceso de cualquier tipo –ni al juez que debe resolverlo- le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya –como antes- dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda trasnacional”¹⁸.

Es a partir del establecimiento de esta concepción del Estado de Derecho, como pasa a entenderse, el Estado de Derecho, como Estado constitucional y convencional de Derecho. Es decir, en este tipo de Estado, su derecho configurado sobre la base de la existencia de la Constitución como su norma suprema, no podrá obviarse o ignorarse, el Derecho convencional de los derechos humanos.

Y ello porque, en materia de derechos humanos, su reconocimiento, garantía y protección, no se restringe al Derecho regulado en la Constitución, sino que también forma parte de todo ese entramado jurídico, el Derecho convencional, al grado tal que, cuando el derecho interno del Estado constitucional sea contrario y violatorio de un derecho humano, será el Derecho convencional el que deberá pre-

¹⁸ Midón, Mario A. R. *Control de convencionalidad*. Edit. Astrea, Argentina, 2016, p. 7.

¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

valecer sobre el derecho interno, aun cuando en este último se incluya la Constitución.

He ahí la importancia de promover el estudio y debate con respecto a tan importante mecanismo para la eficacia y garantía de los derechos humanos como lo es el control de convencionalidad.

Bibliografía

- Barrios González, Boris. *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 2014.
- Brewer-Carias, Allan R. «Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo». Recopilado en la obra *Estudios sobre control de convencionalidad*. Colección Estudios Jurídicos No. 119. Edit. Jurídica Venezolana, Venezuela, 2015.
- Carbonell, Miguel. *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. Centro de Estudios Carbonell, México, 2015.
- Cerejido, Marcelino y Reinking, Laura. *La ignorancia debida*. Edit. Libros del Zorzal, Argentina, 2003.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta, España, 1995.
- Isaza, Henry Eyner. *La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*. Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2015.
- Midón, Mario A.R. *Control de convencionalidad*. Edit. Astrea, Argentina, 2016.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad*. Edit. Temis, Colombia, 2014.
- Roldán Orozco, Omar Giovanni. *La función garante del Estado constitucional y convencional de Derecho*. Universidad Na-

cional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

Sádaba, Javier y Velásquez, José Luis. *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*. Edit. Temas de hoy, España, 1998.

Sagües, Néstor Pedro. *Los principios específicos del derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1992.

_____, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*. Año 8, No. 1, 2010. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca www.scielo.cl

Travieso, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías*. Edit. Heliasta, Argentina, 2005.

Vigo, Luis Rodolfo. *Constitucionalización y judicialización del Derecho*. Edit. Porrúa, México, 2013

Casos citados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001

Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010

.