

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA
“CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA” *

Néstor Pedro Sagüés

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Catedrático en las Universidades de Buenos Aires y Católica Argentina.

Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El control de constitucionalidad.*
3. *El control de convencionalidad.*
4. *Conexiones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.
Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”.*
5. *Conclusiones.*

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

II Introducción.

El propósito de esta nota es determinar las conexiones entre el “control de constitucionalidad” y el “control de convencionalidad” auspiciado (y exigido) este último por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del marco regional derivado de la convención americana sobre derechos humanos (1969), también llamada Pacto de San José de Costa Rica¹.

Frente a la postura más corriente, que distingue ambas revisiones y las conecta sucesivamente, comenzando con el control de constitucionalidad y prosiguiendo con el de convencionalidad (lo que llamaremos la “tesis de los dos eslabones consecutivos”), el presente artículo intentará sostener la tesis de la simbiosis entre los dos controles, en torno a la noción de la *constitución convencionalizada*. Naturalmente, esta propuesta es necesariamente polémica.

El control de constitucionalidad

Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad está mucho más desarrollado que el control de convencionalidad: tiene cierta respetable antigüedad, cuenta con un buen desarrollo doctrinario, constitucional y legislativo, muchas veces formal, pero otras provenientes del derecho consuetudinario constitucional y procesal constitucional.

Desde luego, el control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). Asume dos papeles principales:

- a) Un *rol saneador, o exclutorio*, preventivo o reparador según los diferentes sistemas², tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional al que hagamos referencia, a *inaprobar, inaplicar o abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional

1 Sobre el control de convencionalidad, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de in ius commune interamericano*, en Von Bogdandi Armin, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (Coordinadores), *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México 2010, UNAM-Max Planck-Institut, t. II pág. 449 y sigts.

2 Nos remitimos también a Sagüés Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México 2004, ed. Porrúa, pág. 27 y sigts.; *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Buenos Aires 2004, Astrea, pág. 442 y sigts.

violatoria de la constitución. Este trabajo se consume por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o desconcentrados) o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).

- b) Un *rol constructivo*, o *positivo*, con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que hagamos referencia, pero que en todo caso procura un “reciclaje” del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v. gr., la doctrina de la “interpretación conforme” de dicho derecho infraconstitucional, “*de acuerdo*” o “*de conformidad*” con la constitución (ello obliga, cuando se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución; y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución³ ; (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones*), para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de “rescate” anima a las “sentencias modulatorias” o “atípicas” (también llamadas “manipulativas”), merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución*. Ello implica que un precepto del código civil, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) “civilista”, sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista*. Lo dicho empalma con la noción de la “constitución invasora”, o la constitución “que está en todas partes”.⁴

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales*. Conviene aclarar esta afirmación: ningún

3 Respecto de la “interpretación conforme” de l ley con la constitución y la producción, algunas veces nomogenética en tal quehacer, de los tribunales constitucionales, cfr. Díaz Revorio F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima 2003, Palestra, pág. 31 y sítis.

4 Sobre la “constitución invasora”, ver Comanducci Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Trotta, Madrid 2005, pág. 8. Respecto de las sentencias atípicas, derivamos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires 2006, ed. Ad-Hoc, pág. 73 y sítis.

juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte -a través de dicho “enfoque constitucionalista”- que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v. gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incumplen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario*, aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogénicos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por *Marbury vs. Madison*, o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo⁵.

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las “sentencias exhortativas”, el juez constitucional apura sus funciones nomogénicas, invitando (o intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales⁶. Es un trabajo de purificación constitucional del derecho vigente, a fin de corregir ciertas reglas subconstitucionales en trance de colisionar con la constitución, o ante el

5 Ver Sagüés Néstor Pedro, “La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en Bazán Víctor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I pág. 573 y sigts.

6 Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., pág. 77 y sigts.

vacío por la declaración de inconstitucionalidad de leyes inconstitucionales. También, llegado el caso, para atender algunas situaciones de inconstitucionalidad por omisión; y en otros, como anticipamos, pero raramente, para revisar el texto de la constitución.

El control de convencionalidad

Tiene por meta afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos. Expresa o implícitamente, parte del presupuesto de que ellos tienen una categoría superior a las normas internas, incluso constitucionales, siempre, desde luego, que sean más favorables para la persona.

Hasta el año 2006, en el ámbito interamericano, lo practicaba la Corte Interamericana de Derechos Humanos por sí misma, incluso sobre reglas constitucionales (el caso paradigmático es *La última tentación de Cristo*, donde aquel Tribunal, no obstante la presencia de reglas de la Constitución de Chile que autorizaban la censura televisiva, entendió que ellas violaban el Pacto de San José de Costa Rica, en materia de libertad de expresión, levantó una censura y requirió de ese país la modificación de su constitución.

A partir del caso *Almonacid Arellano*, en 2006, pronto reforzado por *Trabajadores Cesados del Congreso*, del mismo año, la Corte Interamericana modificó su tesis clásica y requirió que los jueces nacionales también realizaran, por sí mismos, control de convencionalidad. Estos jueces se convirtieron, de tal modo, y de manera nítida, en jueces del sistema interamericano de derechos humanos. En 2009, en *Radilla Pacheco*, amplió el radio de acción del instituto, incorporando su dimensión “constructiva”. En una docena de casos, lo ha reafirmado explícitamente. La Corte actuó *per se*, sin requerir la voluntad de los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, decisión que ha despertado profundas críticas⁷.

La Corte fundamentó su aptitud jurídica para exigir tal control de convencionalidad a los jueces domésticos, en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, de la *bona fide* y del “efecto útil” de los tratados (este último, prescripto por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, que tiende a dar

⁷ Ver por ejemplo Fuentes Torrijo, Ximena, *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes.spanishpdf> 23/09/2010.

eficacia a los compromisos internacionales contraídos). La argumentación es laboriosa, pero no supera lo siguiente: el Pacto de San José (art. 68), no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos.

En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica en razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados. El día en que el derecho consuetudinario procesal constitucional y procesal transnacional asimilen al control de convencionalidad, éste habrá logrado una inserción jurídica plena, como en el caso de tantas otras operaciones mutativas aditivas (piénsese, v. gr., en el sistema judicial estadounidense de control de constitucionalidad, y de los efectos expansivos de las sentencias de su Corte Suprema mediante la doctrina del *stare decisis*, o del valor del precedente, que no figuran en su constitución)⁸.

Veamos, en concreto, los papeles del control de convencionalidad, que guardan paralelismos con el control de constitucionalidad.

- a) *Rol exclutorio*. En este ámbito, la Corte Interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir, que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y *normas internas* (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los derechos del hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal quehacer debe realizarse a pedido de parte o de oficio (*Trabajadores cesados del Congreso*). La doctrina discute si esta tarea de exclusión de normas nacionales inconvenientes la deben realizar todos los

8 Sobre la creación del sistema norteamericano de la *judicial review* y los efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, ver Sagüés María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Porrúa, México 2004, n° 1 pág. 200 y sigts.

jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.

b) *Rol constructivo, o positivo.* El control de convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás, esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismos control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar al derecho doméstico ignorando al Pacto de San José de Costa Rica y a la referida jurisprudencia de la Corte.

4 Conexión entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Reflexiones en torno de la constitución nacional “convencionalizada”.

En cuanto se vinculen ambos controles, surgen consecuencias de importancia:

a) *Sobre las potencias interpretativas del juez local.* Si se compaginan ambos institutos, lo primero que puede advertirse es que el juez nacional que practica control de constitucionalidad, tiene en alguna medida (que en ciertas hipótesis es muy significativa) *recortada su aptitud interpretativa* por las pautas fijadas por el Pacto de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En efecto, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada se expiden en algún tema, construyen una suerte de *jus commune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre: tendrá que hacerlo respetando ambas directrices. Por ello, deberá excluir la aplicación de determinadas normas nacionales (constitucionales y subconstitucionales) opuestas a tales parámetros, y adaptar la interpretación de las restantes a lo que diga el Pacto de San José de Costa Rica o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desde otra perspectiva, sin embargo, el juez local tiene sugestivas ampliaciones en sus potencias interpretativas, cuando no media jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal supuesto, al poner en marcha el derecho doméstico, debe aclimatarlo al Pacto de San José de Costa Rica, con lo que puede realizar por sí mismo provechosas modulaciones, muchas veces

innovativas, de aquel derecho, a las reglas del Pacto⁹.

b) *El acoplamiento del control de constitucionalidad con el de convencionalidad.* En este punto parece regir la doctrina que llamamos “de las dos etapas”, o “de los dos eslabones consecutivos”. El primer segmento sería el del control de constitucionalidad. El segundo, el de convencionalidad. Una norma nacional, para poder aplicarse, debería superar, consecutivamente, los dos tests. Algunas frases de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en *Trabajadores cesados del Congreso*, avalarían esta tesis: “...*En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad... evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*”.

Si bien hemos adherido anteriormente a tal postura, un reexamen del asunto parece aconsejar, con preferencia, otra visión. En efecto: si el juez local debe realizar una interpretación de su constitución “conforme” al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad, que también debe practicar, tiene que partir de una Constitución *convencionalizada*, vale decir, (i) de una Constitución nacional *depurada* de sus elementos inconventionales, y (ii) además, *conformada* o *reciclada* según el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicho de otra manera, el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución *convencionalizada*.

Es interesante apuntar que la constitución nacional “convencionalizada” puede ser en algún aspecto- más reducida que la constitución nacional a secas, cuando ciertos trozos de ella colisionan con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y por ende, cabe inaplicarlos (recuérdese el caso de la censura televisiva, en Chile). Pero también puede ser más extensa, si al texto original hay que agregarle, por ejemplo y por vía de interpretación mutativa por adición, conceptos básicos vertidos por la Corte Interamericana que complementan los derechos enunciados en la Constitución, o que despliegan sus cláusulas de un modo determinado.

9 Cfr. Sudre, Frédéric, “A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité”, en Autores Varios, *Études en honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, Paris, ed. Pedone, 2004, pág. 209 y sigts.

c) *En cuanto los sujetos que realizan los controles de constitucionalidad y convencionalidad.* Sabido es que los entes habilitados para ejercitar el control judicial de constitucionalidad (en su rol exclutorio de normas inconstitucionales) es variado, y que actualmente los modelos más comunes giran entre el “difuso” (al estilo norteamericano”), el “concentrado” (sea en cortes o salas constitucionales especializadas), y el “dual” (que algunos prefieren llamar mixto o híbrido), donde los jueces ordinarios y los especializados comparten tareas. Respecto del control “constructivo”, según explicamos, entendemos que todos los jueces están comprometidos en tal función.

Pues bien: en materia de control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana encomendó el mismo, inicialmente, a los *jueces* (hemos anticipado que no queda claro si a todos ellos, o solamente a los que ejercen control de constitucionalidad: véase *supra*, 2). Pero más tarde amplió tal listado mencionando, por ejemplo en el caso *Gelman*, del 24 febrero de 2011, a cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (considerando 240), o a “los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, (que) deben ejercer de oficio un control de convencionalidad, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes” (considerando 193).

Ello lleva a preguntarse si en un país determinado, como Argentina, que reserva el control de constitucionalidad a los jueces, y se lo impide al Poder Ejecutivo¹⁰, podría –o debería- un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, declarar inconvencionales a ciertas normas que sin embargo, no puede declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad (no aplicarlas).

El punto no está suficientemente aclarado por la Corte Interamericana: por su importancia, merece una pronta y rotunda aclaración. El control de convencionalidad, que tiene aristas muy positivas y útiles, ha sido creado por dicha Corte, y pesa sobre ella el deber de explicitar con absoluta nitidez esta cuestión, sin emplear fórmulas lingüísticas sibilinas u otras que, aunque por cierto jurídicamente ingeniosas, parecen alguna vez más propias de un oráculo délfico que de un tribunal.

10 Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª.ed., Buenos Aires, 2002, ed. Astrea, t. 1 pág. 233.

¶ n clusia es.

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos y además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema, paralelamente, tampoco es asunto de “derecho comparado”, sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él.

En concreto, lo que aquí se postula es que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución *depurada* de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución *conformada y completada* con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la *constitución convencionalizada* es una constitución opuesta a la *constitución autista* que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan.

Dejamos para otro momento un tema de honda gravitación, como es la eventual elaboración, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de pautas o líneas jurisprudenciales que pueden colisionar, paradójicamente, con principios básicos que hagan al núcleo esencial de los derechos humanos fundamentales, y que aún así, a tenor de la doctrina del control de convencionalidad, deberían aplicar los jueces nacionales. Que ello sea infrecuente no desluce la importancia del asunto, que se encuentra latente, además, con cualquier tribunal supranacional de derechos humanos¹¹.

¹¹ Uno de los puntos más preocupantes es la posibilidad de reabrir procesos judiciales finiquitados con una absolución, por ejemplo, ante la aparición de nuevas pruebas incriminatorias, violando la tesis del *non bis in idem*. Ver sobre el tema y otros aspectos del problema, Malarino Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos Kai, Malarino Ezequiel, Elsner Gisela (Editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Universidad Jorge-Augusto de Gótingen y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pág. 25 y sigts.