

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

64



Julio - Diciembre 2016

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2016 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Gabriela Sancho (portugués) y Jacinta Escudos (español).

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
---------------------------	---

José Thompson J.

The conventionality control Control of Conventionality and the struggle to achieve the finala definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience	11
--	----

André de Carvalho Ramos

Control de convencionalidad sobre normas procesales convencionales	33
---	----

Andrés Rousset Siri

Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala	59
--	----

Juan Arnulfo Vicente Gudiel y

Leslie Argentina Véliz Arriaga

Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre	87
---	----

Karlos A. Castilla Juárez

El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos	127
---	-----

Laura Alicia Camarillo Govea y

Elizabeth Nataly Rosas Rábago

Control de convencionalidad en Argentina	161
---	-----

Lautaro Pittier

O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil	189
<i>Leandro Caletti</i>	
Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas	215
<i>Letícia Soares Peixoto Aleixo</i>	
<i>Sophia Pires Bastos</i>	
Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía Reflexiones desde la experiencia francesa	239
<i>Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez</i>	
El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador	265
<i>Pamela Juliana Aguirre Castro</i>	
Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos ...	311
<i>Víctor Hugo Rodas Balderrama</i>	
El Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales	347
<i>Viviana Benavides Hernández</i>	
<i>Marvin Carvajal Pérez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 64 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. En esta edición monográfica, se aportan juicios críticos y opiniones cimentadas en el estudio riguroso y la práctica del control de convencionalidad, desde la realidad de su aplicación en los contextos nacionales y sus distintos enfoques, lo que enriquece aún más el debate acerca de un concepto y una práctica de por sí complejos.

Esta edición recoge los artículos académicos de Leticia Soares Peixoto Aleixo y Sophia Pires Bastos (Brasil); André de Carvalho Ramos (Brasil); Leandro Caletti (Brasil); Juan Arnulfo Vicente Gudiel y Leslie Argentina Véliz Arriaga (Guatemala); Karlos A. Castilla Juárez (México); Lautaro Pittier (Argentina); Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábago (México); Víctor Hugo Rodas Balderrama (Bolivia); Pamela Juliana Aguirre Castro (Ecuador); Luis Miguel Gutiérrez Ramírez (Colombia); Viviana Benavides Hernández y Marvin Carvajal Pérez (Costa Rica); y Andrés Rousset Siri (Argentina).

A través de la contribución de dichos autores, la Revista incluye disertaciones en tres aspectos: discusiones generales sobre el control de convencionalidad, su aplicación en algún país específico y su aplicación con relación a un derecho en particular.

Con relación a la primera categoría, se examina el control difuso de convencionalidad respecto de la elaboración de normativa interna como una práctica que contribuye a optimizar

la observancia de los derechos humanos, al armonizar el orden jurídico nacional con los tratados internacionales ratificados por su país.

Por otra parte, se intenta llenar algunos de los vacíos conceptuales del control de convencionalidad, intentando precisar cuál es la operación jurídica a cargo de autoridades públicas con distintas funciones –ejecutivas, legislativas y judiciales–, y dando una mirada al presente y futuro del control de convencionalidad interamericano.

Además, al analizar el control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos, se identifican casos concretos para determinar los elementos centrales de los que ha sido objeto el control de convencionalidad en el desarrollo de su jurisprudencia. En sentido complementario, también se hace un recuento de los parámetros establecidos en la jurisprudencia interamericana y se analizan desde la teoría del sistema jurídico.

Por otra parte, se plantea la interrogante acerca de la relación que existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad a la luz de la experiencia francesa. Más allá de lo anterior, se analiza el diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales como un mecanismo de encuentro que evitará conflictos judiciales en la interpretación de los derechos humanos, un campo en el que el control dual puede ser visto como el modo de superar tales antagonismos.

En la segunda categoría, la Revista nos presenta una serie de reflexiones sobre el control de convencionalidad en Guatemala, dando a conocer cómo es percibida esta obligación por parte de operadores y operadoras de justicia del Organismo Judicial guatemalteco, cómo la entienden, cuáles son sus criterios o si aún

no la conocen, lo que se expone respecto de la responsabilidad internacional que esto trae consigo.

Asimismo, respecto de Argentina, se describe la evolución y particularidades de esta obligación en la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Suprema Argentina, así como su alcance y el rol de los jueces nacionales al respecto.

Finalmente, se analiza el control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador, analizando su proceso de perfeccionamiento de manera pormenorizada y lo que implica su aplicación para este país.

Con relación a la tercera categoría, un primer artículo aborda una problemática de mucha actualidad, la difusión no autorizada de imágenes íntimas de acuerdo con esta obligación internacional. Por otra parte, otra disertación ejemplifica el control de convencionalidad en el proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales, utilizando como referencia la práctica de la fertilización *in vitro*. Finalmente, se analiza la posibilidad de que el juez nacional aplique el control de convencionalidad respecto de normas procesales interamericanas, aportando al cumplimiento efectivo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interior de los Estados Parte.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición, así como a todas las personas que respondieron a nuestro llamado haciendo llegar sus valiosos artículos. Asimismo, agradecemos a la Cooperación Noruega que hace posible la producción y distribución de esta revista, y a quienes dan lectura y consultan la Revista.

Esperamos que los aportes de nuestra Revista 64 sean útiles para la investigación al versar sobre una temática que, además de ser controvertida, es trascendental en el proceso de configuración de condiciones para la plena vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en los países de la región.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa

*Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez**

Introducción

El control de convencionalidad se ha convertido en un instrumento ampliamente conocido, citado y discutido en los ámbitos académicos y judiciales latinoamericanos. El éxito de lo que algunos califican con entusiasmo como la “doctrina del control de convencionalidad”¹ puede medirse, casi de manera proporcional, con el número cada vez más importante de conferencias, congresos, artículos, libros y sentencias judiciales –tanto internas como interamericanas– que giran en torno a esa temática². Hay que decir sin embargo que, luego de 10 años de existencia, el control de convencionalidad latinoamericano sigue siendo una “*doctrina*” en construcción; que no ha dejado

* Profesor asistente (vacataire) y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Toulouse 1 Capitole (Francia). Abogado de la Universidad Católica de Colombia y Magister en Derecho Público por la Universidad Toulouse 1 Capitole. Secretario General Adjunto de la Sección Francesa del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, 109 *AJIL Unbound*, 2015, pp. 93-99.

2 El estado de la discusión es conocido en Francia gracias al importante trabajo de la Profesora Laurence Burgogues-Larsen, “Chronique d’une théorie en vogue en Amérique Latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 100, 2014/4, pp. 831-863.

de suscitar ciertos problemas de implementación³ y serias confusiones de tipo conceptual.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos anuncia por primera vez⁴ y en términos ambiguos, “*una especie*” de control de convencionalidad en la sentencia *Almonacid Arellano y otros contra Chile* del 26 de septiembre de 2006. Desde entonces, el Tribunal ha “perfeccionado” la formulación de dicho control, de manera poco consistente –hay que decirlo–⁵, hasta afirmar que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad”⁶. El amplio alcance asignado por la Corte Interamericana al control de convencionalidad explica el grado de importancia capital que dicho instrumento ha alcanzado en nuestro continente⁷. Sin embargo, la marca de origen impuesta

3 Dulitzky, Ariel, “The Constitutionalization of International Law in Latin America. An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine”, *AJIL Unbound*, Vol. 109, 2015, pp. 100-108.

4 El origen del instrumento se encontraría en algunos votos del juez García Ramírez emitidos desde el año 2003. Al respecto, Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, n° 2, 2009, pp. 110 y ss; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, n° 28, 2011, pp. 123-159.

5 Al respecto, Castilla Juárez, Karlos, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 51-97; y “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n° 33, Bogotá, 2014, pp. 149-172.

6 Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

7 Leonardo García Jaramillo plantea por ejemplo que estamos en un momento de transición: “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista*

por su creadora, junto con las consecutivas reformulaciones que han sido efectuadas por ésta, se han convertido paradójicamente en la mayor dificultad para comprender el alcance del control interamericano de convencionalidad.

La doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana han diferenciado dos niveles de control de convencionalidad. En primer lugar, un control concentrado de convencionalidad que estaría a cargo de la Corte Interamericana (órgano controlador), quien es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (parámetro principal de control). En ese marco, el objeto de control es el comportamiento –por acción y/o por omisión– de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de acuerdo al artículo 62.3 CADH (norma jurídica de habilitación). Dicho control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y *pacta sunt servanda* (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁸.

Es necesario aclarar que el control concentrado de convencionalidad no se plantea con la finalidad de resolver conflictos normativos que pudieran existir entre normas de derecho interno y de derecho internacional. En efecto, las normas de derecho interno, sin importar su jerarquía –constitucional, legislativa o reglamentaria–, son analizadas en sede internacional como simples hechos atribuibles al Estado. Por esa razón, la Corte Interamericana puede declarar la incompatibilidad de

Derecho del Estado, n° 36, Bogotá, 2016, pp. 131-166.

8 Al respecto, Corte Internacional de Justicia, Avis du 26 avril 1988, Accord de siège États Unis-Onu.

cualquier norma jurídica interna, incluso de disposiciones constitucionales, siempre que se constate un incumplimiento de los estándares convencionales. Por esa misma razón, la Corte Interamericana no tiene facultad para invalidar o declarar la anulación o la expulsión del ordenamiento jurídico interno de una norma declarada inconvencional.

En segundo lugar, un control difuso de convencionalidad tendría lugar en el ámbito interno de cada Estado Parte a la CADH. Este mecanismo ha sido definido por la doctrina “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”⁹. Un planteamiento teórico de la noción nos permite identificar cinco elementos conceptuales necesarios a todo control de convencionalidad: un verbo-acción (controlar), un sujeto (órgano controlador), un parámetro de control (la convencionalidad), un objeto de control y una norma jurídica de habilitación. En la práctica, dichos elementos no son fáciles de encontrar en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha intentado precisarlos, pero de manera poco clara y bastante deficientemente.

El aspecto en apariencia menos problemático es el parámetro de control, el cual se encuentra definido explícitamente en la misma denominación del instrumento (de convencionalidad). Sin embargo, hay que anotar que, según la jurisprudencia supranacional, se “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”¹⁰.

9 Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, Sao Paulo, 9 (2), 2013, p. 721.

10 Existe un fuerte debate sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana, el cual no será abordado en esta presentación. Al respecto, Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y

Adicionalmente, la Corte ha extendido el parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado¹¹ y a las opiniones consultivas dictadas por ella en función del artículo 64 de la CADH¹².

La determinación de los otros elementos genera mayores dificultades. En cuanto al sujeto-controlador, la Corte Interamericana erige como órgano de control, en un primer momento, a los órganos del Poder Judicial (jueces y tribunales internos)¹³; más adelante “a las autoridades judiciales”¹⁴ en sentido amplio; luego a los “jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹⁵; finalmente,

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 131-156; Vitolo, Alfredo, “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, *Pensamiento Constitucional*, n° 13, 2013, pp. 357-380.

11 Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330.

12 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 31.

13 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

14 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 233; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 436, 461 y 464.

15 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

a “todas las autoridades estatales”¹⁶, es decir, a “*todos los poderes y órganos estatales en su conjunto*”¹⁷. Sin ninguna duda, la variación en el sujeto-controlador (¿quién debe ejercer el control de convencionalidad?) tiene consecuencias muy importantes sobre la naturaleza de su acción. Sabemos que, por lo general, los jueces conocen de casos relacionados con el comportamiento de las personas (privadas, jurídicas o estatales) teniendo como parámetro las normas en vigor dentro de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, la adecuación del comportamiento a esas normas por iniciativa propia de los individuos (¡efectividad de la norma!) difícilmente podría catalogarse como un “control” de su acción. En ánimo de discusión, podríamos hablar de un “autocontrol” de convencionalidad que, en el caso de un acto no consumado (intención), no tendría consecuencias jurídicas evidentes; o, en el caso de un acto ya consumado contrario a las disposiciones convencionales, el agente no se liberaría automáticamente de las consecuencias jurídicas de su acción, a pesar de un arrepentimiento o incluso de un esfuerzo de reparación.

Adicionalmente, hay que subrayar que la posibilidad de ejercer un control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales debe estar prevista en una norma de habilitación. En efecto, el ejercicio de un control (de un acto externo a sí mismo) es una prerrogativa que debe estar sustentada, en el marco de un Estado de Derecho, por una norma jurídica. Esta es quizás la principal dificultad que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a que no existe, en ningún ordenamiento jurídico interamericano, una norma que habilite expresamente el ejercicio de un control difuso de

16 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 66.

17 Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

convencionalidad. Además, el posicionamiento supranacional de la Corte Interamericana no le permite desconocer la configuración propia de cada sistema jurídico de los Estados Partes que están sometidos a su jurisdicción, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se encuentra prevista en la Convención Americana, mucho menos establecer *ex nihilo un procedimiento o una acción de convencionalidad en derecho interno*¹⁸.

Por esta razón, la Corte Interamericana insiste reiteradamente en que el control difuso de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades nacionales *ex officio*, aunque “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (valga la pena resaltar la contradicción interna de ese argumento). La Corte Interamericana parece estar encerrada en un razonamiento circular que se explica, en parte, por la finalidad y el objeto de control que le asigna a dicho instrumento: el control de convencionalidad sería un mecanismo para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación establecida en la Convención¹⁹. En ese sentido, dice la Corte refiriéndose a los Estados Partes bajo su jurisdicción, que “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la

18 En ese sentido, disintimos de la posición del profesor Manuel Fernando Quinche, para quien el control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana se convierte en una “obligación [que] modifica de plano el oficio de los jueces internos, en la medida que al lado de los controles de legalidad y constitucionalidad, deberán también ejercer control de convencionalidad sobre los casos que lleguen a su conocimiento”. En: “El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, *Derecho Procesal Constitucional*, Velandia, Eduardo (Dir.), 2015, p. 669.

19 Al respecto ver, Vio Grossi, Eduardo, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Año XXI, Bogotá, 2015, p. 99 y ss.

administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer [...] un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”²⁰.

La concepción –extremadamente– amplia del control difuso de convencionalidad ha generado fuertes críticas doctrinales en el sentido de que dicho “*falso*” control sería tan sólo una traducción inadecuada de la obligación de honrar las disposiciones convencionales que los Estados se han comprometido a respetar al firmar y ratificar la Convención Americana²¹. Adicionalmente, hay que anotar que la pretensión preventiva del control difuso de convencionalidad es limitada y su efectividad tendría que ser verificada en el marco de un control concentrado de convencionalidad en sede interamericana. En efecto, un Estado parte puede violar la Convención Americana incluso luego, y posiblemente como consecuencia, de haber realizado un control difuso de convencionalidad defectuoso porque no conforme con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Nos parece entonces que la concepción inicial del control difuso de convencionalidad, tal como fue planteada por la Corte en el año 2006, que ponía en cabeza de los jueces nacionales dicha función, era menos problemática. Hay que recordar que en ese entonces, la Corte Interamericana incitaba exclusivamente al Poder Judicial nacional a controlar la aplicación de las

20 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 69.

21 Castilla Juárez, Karlos, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n° 33, Bogotá, 2014, pp. 149-172.

disposiciones de derecho interno de conformidad al derecho interamericano. En palabras de la Corte, se debe ejercer un control de convencionalidad “entre las normas internas y la Convención Americana”. De esta manera, y al contrario del control concentrado de convencionalidad, el control difuso tendría como objetivo específico resolver conflictos normativos entre normas internas y convencionales, a favor de éstas últimas, para “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”²².

Es al parecer por esta razón (resolver conflictos normativos) que la propia Corte Interamericana hace una relación, desafortunada desde nuestro punto de vista, entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad al afirmar que “los órganos del poder judicial deber ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio*”²³. La confusión entre estos dos instrumentos de control sigue siendo alimentada por la Corte en su jurisprudencia reciente al afirmar que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”²⁴. La pregunta que surge de inmediato, y que

22 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

23 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219.

24 Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

motiva nuestra reflexión, es de saber qué relación existe entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. ¿Por qué razón tanto la doctrina como la jurisprudencia interamericana asocian íntimamente dichos controles?²⁵. Parece como si existiera una confusión conceptual entre el alcance y la interacción entre dos instrumentos que son cercanos en su modo operativo pero, en realidad, de naturaleza y finalidad muy diferentes.

Para responder a dicha problemática, nuestro análisis se enmarca en la experiencia francesa; aclarando de inmediato que no se pretende erigirla como un modelo a seguir, sino tan sólo presentar algunos elementos de reflexión que puedan contribuir a la discusión en Latinoamérica. La tesis que pretendemos defender es que los dos controles (convencionalidad y constitucionalidad) son totalmente independientes y que el juez de la constitucionalidad no puede ser, desde un punto de vista formal, el mismo juez de la convencionalidad.

Como aspecto preliminar, hay que tener en cuenta que la Corte Europea de Derechos Humanos no ha establecido la obligación de ejercer un control interno o difuso de convencionalidad. En Europa, el origen de este instrumento es exclusivamente nacional, lo que facilita sin duda su análisis a la luz de las especificidades de cada ordenamiento jurídico nacional. Concretamente en Francia, el control de convencionalidad surgió a mediados de los años 1970, cuando el Consejo Constitucional debía resolver un litigio que oponía la ley de interrupción voluntaria del embarazo

25 Por ejemplo, Sagüés, Néstor, “Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 5 (1), 2013, pp. 14-20; Jinesta, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En: *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coord.), Funda, México, 2012.

(IVG) al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida). En su decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975, el juez constitucional se declaró incompetente para controlar la convencionalidad de la ley, conduciendo a los tribunales ordinarios (judiciales y administrativos) a conocer y resolver dichos litigios²⁶. Esta situación se explica teniendo en cuenta una distinción estricta del parámetro de control y la finalidad de cada instrumento (1.), lo cual sirve para determinar la competencia del órgano controlador (2.).

1. El parámetro de control y su finalidad

El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad tienen un parámetro de control diferente y un objetivo o finalidad propia. Mientras el primero busca asegurar la primacía convencional (1.1), el segundo se encarga de hacer realidad la supremacía constitucional (1.2).

26 El Consejo Constitucional francés ha mantenido su jurisprudencia: Décisions n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, ct 6; n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, ct 3; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, ct 7; n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, ct. 6; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cts 79 et 85; n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, ct 5; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, ct 60; n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, ct 37; n° 96-375 DC du 9 avril 1996, ct 9; n° 98-399 DC du 5 mai 1998, ct 11; n° 98-400 DC du 20 mai 1998, ct 4; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, cts 15, 22 et 34; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, ct 16; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cts 27 et 28. Decisiones citadas por Dutheillet de Lamothé Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”. En : *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007.

Es importante anotar que la discusión en la doctrina francesa sigue abierta. Algunos autores reclaman la fusión entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad *e.g.* Grewe, Constance, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: à la recherche d’une frontière introuvable”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 100, 2014/4, pp. 961-970. Sin embargo, el Consejo Constitucional ha mantenido la distinción en su jurisprudencia reciente: Decisión n° 439 del 25 de enero 2015, *Déchéance de nationalité*, cons. 7.

1.1 La primacía convencional

Las relaciones entre los órdenes normativos nacional e internacional han sido, desde comienzos del siglo XX, uno de los núcleos centrales de las discusiones doctrinales en Europa y, de manera reciente, en América. Hoy en día, las fronteras entre los sistemas jurídicos internacional, regional, nacional, federal y local tienden a difuminarse y sus influencias recíprocas evidencian un alto grado de porosidad de los diferentes niveles de producción y aplicación del derecho. Sin ninguna duda, este fenómeno ha generado algunas dudas en mantener aquellas doctrinas “clásicas” sobre la interacción entre derecho interno y derecho internacional, concretamente las concepciones dualistas²⁷ y monistas²⁸ en sus diferentes versiones. Un cierto inconformismo académico ha llevado a desarrollar nuevas categorías analíticas, bajo teorías heterárquicas o multinivel²⁹, que pretenden dibujar una imagen más acorde a la situación observada. La diversidad de aproximaciones para analizar un mismo fenómeno conduce necesariamente a conclusiones también diversas. El posicionamiento teórico del observador determina de alguna manera el objeto observado.

Desde el punto de vista del derecho internacional, los tratados, pactos y convenciones tienen, en principio, vocación de primacía frente a cualquier otra norma jurídica³⁰. En efecto, un sistema

27 Triepel, Heinrich, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, *RCADI*, v. I, 1923, pp. 73-121.

28 Kelsen, Hans, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *RCADI*, 1926, v. 4, pp. 227-331.

29 Por ejemplo, Ost, François y Van De Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau?, pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 480 p.; Delmas-Marty, Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, 304 p.

30 Salvo cuando se trata de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que, según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, es “una

regional de derechos humanos (e.g. africano, americano, europeo) o de integración económica (e.g. Unión Europea) no puede construirse sin imponerse decididamente a cualquier otro tipo de norma, provenga ésta del derecho interno o incluso del mismo derecho internacional. El consentimiento del Estado al firmar y ratificar un tratado internacional implica necesariamente que el comportamiento de sus autoridades estatales estará dirigido a respetarlo. Sin embargo, el Estado tiene una libertad casi total al momento de determinar la manera en que sus compromisos serán honrados. Ninguna norma de derecho internacional pretende erigirse como norma suprema del ordenamiento jurídico interno, de donde emanaría la validez de todas las otras normas, función que cumple la Constitución nacional. En ese sentido, el derecho internacional no tiene una vocación de máxima jerarquía sino un interés de efectividad. Poco importa si el tratado se ubica en la más baja esfera de la pirámide normativa estatal, lo esencial es que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales.

Es desde el punto de vista del derecho interno donde la ubicación jerárquica del derecho internacional tiene consecuencias significativas para poder decidir conflictos normativos. Las metareglas de resolución de esos conflictos implican criterios de temporalidad (*lex posterior derogat priori*), de especialidad (*specialia generalibus derogant*) y de jerarquía. De esta manera, si los tratados se ubican en el nivel de las leyes, existe la posibilidad³¹ de que una ley posterior contraria al tratado

norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

31 A menos que una norma específica establezca otra solución. Por ejemplo, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983 indica que “los tratados internacionales celebrados por el Salvador [...], constituyen leyes de la República al entrar en vigencia”. Sin embargo, “La ley no podrá modificar o derogar lo

se imponga a éste. Si por el contrario, el tratado se ubica en un nivel supralegal, el tratado impondrá su superioridad por sobre las normas inferiores que les sean contrarias.

En Francia, el Consejo Constitucional dejó claro en su decisión IVG de 1975 que, según el artículo 55 de la Constitución de 1958, los tratados internacionales tienen una autoridad superior a la ley, pero no alcanzan una jerarquía constitucional. En ese sentido, “una ley contraria al tratado no sería, por tanto, contraria a la constitución”³². Esta distinción es clave para diferenciar la primacía convencional de la supremacía constitucional.

1.2 La supremacía constitucional

La recepción del derecho internacional en el ámbito nacional hace que los tratados internacionales dejen de ser derecho extranjero y se conviertan en derecho interno. La libertad de configuración en manos de los Estados permite que el derecho internacional tenga una fuerza normativa específica en cada orden jurídico nacional. Es así que los tratados internacionales pueden pasar del estatus legal, al nivel supra legislativo o incluso constitucional. Los Estados pueden también decidir diferenciar la fuerza normativa de los diferentes tratados internacionales según su materia. En América Latina, por ejemplo, existen algunos países que han optado por constitucionalizar el derecho internacional de los derechos humanos.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó ciertos tratados de derecho humanos a la Constitución (art.

acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

32 Consejo Constitucional francés, decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975 (IVG).

75.22). En Venezuela, el artículo 23 de la Constitución de 1999 establece que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos [...] tienen jerarquía constitucional”. En Colombia, la Corte Constitucional³³, utilizando, y transformado de paso, la doctrina francesa del bloque de constitucionalidad³⁴, integra al parámetro de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción así como las reglas del derecho internacional humanitario, a partir de los artículos 93 y 214.2 de la Constitución de 1991. De esta manera, la constitucionalización del derecho internacional (de los derechos humanos)³⁵ permite que éste sea investido de la supremacía constitucional, por lo cual ninguna norma de derecho interno de nivel inferior puede serle contraria. En ese último caso, la norma puede ser declarada inconstitucional y, en consecuencia, ser expulsada del ordenamiento jurídico o, en su defecto, no ser aplicada en un caso concreto. De manera análoga al derecho internacional, la Constitución busca garantizar su efectividad imponiéndose a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Sin embargo, contrariamente al derecho internacional, la Constitución se presenta como una norma suprema para poder fundar así la validez de todo el ordenamiento jurídico nacional³⁶.

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

34 Ver, Denizeau, Charlotte, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, 1997, 162 p.

35 Esta opción es excepcional en Europa: *i.g.* en Bosnia y Herzegovina, la Constitución de 1995 (anexo IV al Acuerdo de Dayton) establece en su artículo II.2 que “los derechos y libertades estipuladas en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y sus protocolos son directamente aplicables en Bosnia y Herzegovina. Esas reglas tienen primacía sobre la otras leyes”.

36 Es el concepto de validez de Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris- L.G.D.J., Bruylant, Bruxelles, 1962, p. 193 et s.

Por esa razón, la incorporación del derecho internacional en el rango constitucional es muy útil para resolver conflictos normativos frente a normas de rango infraconstitucional.

En ese marco funcional, algunos países han optado por incorporar cláusulas que exigen que la Constitución nacional sea interpretada conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en Colombia, el artículo 93 de la Constitución establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derecho humanos ratificados por Colombia”. En el Perú, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993). Recientemente, la nueva Constitución de República Dominicana de 2010 (art. 74.4) y la reforma constitucional en México de 2011 (art. 1), establecen ese tipo de cláusulas de interpretación³⁷.

La apertura de las Constituciones nacionales latinoamericanas al derecho internacional ha permitido que los jueces constitucionales integren en su razonamiento los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular, la Convención Americana junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde tiempo atrás, incluso mucho antes que dicho Tribunal institucionalizara el control de convencionalidad en 2006³⁸. Sin embargo, hay que señalar que la evidente

37 Estas cláusulas de interpretación existen también en España (art. 10.2 de la Constitución de 1978), en Rumanía (art. 20.1 de la Constitución de 1991) y en Portugal (art. 16.2 de la Constitución de 1976).

38 Al respecto, Gutierrez Ramirez, Luis-Miguel, «Le droit commun interaméricain des droits de l'Homme», In : *L'office du juge constitutionnel face aux exigences*

internacionalización de las Constituciones latinoamericanas no resuelve aquellos conflictos donde se enfrentan disposiciones convencionales y disposiciones constitucionales. Aunque la interpretación conforme de la Constitución puede ser utilizada para evitar o neutralizar esos conflictos, existen casos donde dichas normas pueden ser inexorablemente incompatibles (conflictos de tipo $P(a)$ y $\neg P(a)$). En esos supuestos, la supremacía constitucional derrotaría, en principio, la norma de origen internacional.

No obstante, cuando se considera que las disposiciones en conflicto hacen parte de un mismo nivel jerárquico (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*), *dos soluciones podrían vislumbrarse. De un lado, un ejercicio de ponderación mediante el cual el operador jurídico tendría que decidir cuál norma debe ser privilegiada para su aplicación, sin que la primacía convencional esté garantizada ex ante. De otro lado, se podría pensar en la utilización de una (meta)regla que establezca la supraconstitucionalidad de ciertas disposiciones como mecanismo de solución de conflictos normativos en el nivel constitucional.*

Esta última posibilidad ha sido prevista en el artículo 256.I de la Constitución de Bolivia de 2009 según el cual, “los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido al Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. En ese mismo sentido, el artículo 424 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la

Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Esta disposición debe leerse en conjunto con el artículo 417 supremo según el cual, “En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. De esta manera, la soberanía constitucional no impide que se establezca una primacía convencional (como en los ejemplos citados, siempre que la norma sea más favorable al ser humano).

En Francia, esta compleja problemática fue resuelta de manera clara por el Consejo Constitucional desde 1975: al no tener rango constitucional, ni formar parte del bloque constitucional (*lato sensu*), *el derecho internacional no constituye un parámetro de control al momento de garantizar la supremacía de la Constitución. Por esta razón, el control de convencionalidad no puede confundirse con el control de constitucionalidad con base a la competencia del órgano controlador.*

2. La competencia del órgano controlador

En términos de competencia, la supremacía de la Constitución debe ser asegurada por el juez de la constitucionalidad (2.1), mientras que la primacía convencional debe ser garantizada por el juez de la convencionalidad (2.2).

2.1 El juez de la constitucionalidad

El Consejo Constitucional francés afirma en su decisión de 1975 (IVG) que no le pertenece, “cuando él debe intervenir en aplicación del artículo 61 de la Constitución, de examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado o

de un acuerdo internacional”³⁹. De esta manera, haciendo una interpretación restrictiva de su competencia en el marco del control preventivo (*a priori*) de constitucionalidad, el Consejo Constitucional renuncia a resolver esos conflictos normativos⁴⁰. A una solución similar llega el Tribunal Constitucional español cuando se niega a ejercer un control de convencionalidad de normas nacionales⁴¹. En estos dos casos, los jueces constitucionales rechazan la idea según la cual el incumplimiento del derecho internacional constituye una inconstitucionalidad indirecta, quedando ésta situación por fuera de su competencia.

En sentido contrario, la Corte constitucional italiana se ha apropiado celosamente de la competencia para resolver posibles conflictos normativos que involucren disposiciones de origen internacional. En efecto, la Corte utiliza la teoría de la norma interpuesta mediante la cual un incumplimiento del derecho convencional constituye una transgresión de la Constitución a la luz de sus artículos 11 (en lo relacionado con el derecho de la

39 Consejo Constitucional francés, decisión n° 74-54 DC del 15 de enero de 1975 (IVG).

40 Hay que tener en cuenta que la decisión IVG ha dividido a la doctrina en Francia. Al respecto, ver los argumentos de Guy Carcassonne y Bruno Genevois alrededor de la pregunta, “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975?”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, Dossier: la hiérarchie des normes, 1999, pp. 93-100 y pp. 101-108.

41 “Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva que el precepto otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por la leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, *in fine*), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios que conozcan”, Tribunal Constitucional español, sentencia n° 28/1991 del 14 de febrero 1991, fundamento jurídico n° 5.

integración europea⁴²) y 117.1 (en lo relacionado con el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴³).

La ortodoxia para mantener o excluir del ámbito constitucional los conflictos normativos que involucran normas de derecho internacional puede encontrar ciertos límites. En Italia, por ejemplo, como consecuencia del fallo *Simmenthal* del 9 de marzo de 1978, emitido por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁴, los jueces nacionales deben asegurar la primacía de las normas comunitarias dotadas de efecto directo. En otras palabras, los jueces italianos deben ejercer directamente un control de convencionalidad de esas normas sin pasar por la Corte constitucional⁴⁵. En Francia, el Consejo Constitucional establece un tratamiento especial para ciertas normas europeas de derecho derivado. En efecto, interpretando el artículo 88-1, el juez “descubre” la existencia de una obligación constitucional de transposición de las directivas europeas y por lo tanto se declara competente para controlar el respeto de esos actos de derecho derivado por parte de las leyes de transposición en derecho interno, salvo si se comprueba que la directiva de

42 Corte Constitucional italiana, decisión n° 170 del 5 de junio de 1984.

43 Corte Constitucional italiana, decisiones n° 348 y 349 del 24 de octubre de 2007. Ver, Jacquolot, Fanny, “La réception de la CEDH par l’ordre juridique italien: itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français”, *Revue de Droit Public*, n° 5, 2011, pp. 1235-1254.

44 CJCE, *Administration des finances de l’Etat c/SA Simmenthal*, aff. 106/77, 9 mars 1978, párr. 21: «*tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l’obligation d’appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers [...]* ».

45 Adicionalmente, algunos autores han identificado avances recientes en lo relativo al derecho convencional europeo de Derechos Humanos: Perlo, Nicoletta, “L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en Italie: la révolution est en marche”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 104, 2015/4, pp. 887-910.

referencia es contraria a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia⁴⁶.

Debe tenerse en cuenta que la competencia del juez constitucional en los casos antes mencionados se ha forjado a partir de la jurisprudencia. Sin embargo, en otros países europeos, la propia norma suprema nacional otorga al juez constitucional la competencia de controlar la conformidad del derecho interno con relación a los tratados internacionales⁴⁷. En todo caso, hay que precisar que esta competencia se enmarca, formalmente, dentro del control de constitucionalidad y, a pesar de las similitudes evidentes, debe diferenciarse del control de convencionalidad. Efectivamente, la intervención del juez constitucional en ese marco garantiza (parcialmente) la primacía convencional por mandato expreso de la Constitución. Decimos parcialmente, porque difícilmente el juez constitucional podría establecer una supremacía del derecho internacional por sobre su propia Constitución. De lo contrario, en caso de conflicto, el juez constitucional se vería en el dilema de tener que inaplicar la disposición constitucional en razón de su carácter inconvencional, traicionando así el rol que le fue confiado de garantizar la supremacía constitucional.

46 Consejo Constitucional francés, décisions *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004/505 DC du 19 novembre 2004; *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC du 30 mars 2006; *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC du 27 juillet 2006; *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC du 30 novembre 2006; *Kamel D*, QPC 17 décembre 2010.

47 Por ejemplo, en Hungría, art. 24 y Q.2 de la Constitución de 2011; en Eslovaquia, art. 125 de la Constitución de 1992; en Polonia, art. 193, 188.2 y 188.3 de la Constitución de 1997 y, hasta la revisión constitucional n° 395 del 18 de octubre de 2001, en República Checa, art. 10 y 87.1 de la Constitución de 1992.

2.2 El juez de la convencionalidad

En Francia, la primacía del derecho internacional está a cargo de los jueces ordinarios (judiciales y administrativos) quienes se declaran competentes para inaplicar normas de derecho interno contrarias al derecho internacional. En efecto, en un fallo del 7 de julio de 1973 (antes de la decisión IVG), la Corte de Apelaciones de París había inaplicado un impuesto previsto en el artículo 265 del código de aduanas por considerarlo contrario al artículo 95 del tratado de Roma (*Société des Cafés Jacques Vabre*). Esta decisión fue confirmada por la Sala mixta de la Corte de Casación en una decisión del 24 de mayo de 1975 (luego de la decisión IVG).

Por otro lado, a partir de su decisión del 1 de marzo de 1968, *Syndicat des fabricants de semoules de France*, el Consejo de Estado fue hostil a reconocer la primacía del derecho internacional sobre leyes nacionales posteriores. Un cambio de jurisprudencia tuvo lugar cuando el Consejo de Estado afirmó, de manera implícita, su competencia para controlar la convencionalidad del derecho nacional, en su decisión *Nicolo* del 20 de octubre de 1989. Posteriormente en el fallo *Deprez y Baillard* del 5 de enero de 2005, el Consejo de Estado afirmó claramente que “para la implementación del principio de superioridad de los tratados sobre la ley enunciado en el artículo 55 de la Constitución, incumbe al juez, para la determinación del texto que debe aplicar, de conformarse a la regla de conflicto de normas prevista por ese artículo”.

El control de convencionalidad existe y es practicado por los jueces en Francia para garantizar la primacía del derecho convencional frente al derecho interno. Hay que observar que incluso el Consejo Constitucional se ha declarado competente para ejercer un control de convencionalidad cuando funge

como juez electoral⁴⁸, es decir, cuando actúa por fuera de su competencia de juez de la constitucionalidad. El juez nacional es entonces un juez de convencionalidad de derecho común cuando se trata de aplicar el derecho internacional a casos concretos.

La situación francesa merece dos precisiones adicionales. Por un lado, en cuanto al parámetro de control, la jurisprudencia ha interpretado la primacía consagrada en el artículo 55 de la Constitución como reservada al derecho convencional, dejando por fuera la costumbre internacional⁴⁹. Por otro lado, la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado⁵⁰ como de la Corte de Casación⁵¹ ha fijado como límite del control de convencionalidad la supremacía constitucional. Es decir, el nivel jerárquico del derecho convencional en el orden interno no le permite gozar de una primacía, y mucho menos, de una supremacía por sobre la Constitución nacional⁵². La divergencia de aproximación entre los jueces supranacionales europeos y los jueces internos franceses se explica, según Louis Dubouis, desde un punto de

48 Consejo Constitucional francés, décisions n° 88-1082/1117 AN du 21 oct. 1988; n° 88-1113 AN du 8 nov. 1988; n° 91-1140 SEN du 23 mai 1991; n° 95-2057/2059/2060 AN du 3 mai 1996; n° 97-2250 AN du 29 janv. 1998; n° 2002-2665 AN du 25 juil. 2002; n° 2003-3371/3376 AN du 27 fév. 2003; n° 2003-3371/3376 AN du 27 fév. 2003; n° 2004-3384 SEN du 4 nov. 2004; n° 2007-3451/3452/3535/3536 AN du 12 juil. 2007.

49 Ver, Pellet, Alain, “Vous avez dit ‘monisme’? Quelques banalités de bon sens sur l’impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française”, In: *L’architecture du droit. Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 829 y 840.

50 Consejo de Estado francés, decisión *Sarran, Levacher et autres*, 30 de octubre de 1998.

51 Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, decisión *Mlle Pauline Fraisse c. Commission administrative de Nouméa*, 2 de junio de 2000

52 Alland, Denis. “Consécration d’un paradoxe: primauté du droit interne sur le droit international. Réflexions à vif à propos de l’arrêt du Conseil d’Etat Sarran, Levacher et autres...”, *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 1094-1104.

vista existencial: “*tenant son investiture de la règle européenne le juge européen ne peut que choisir celle-ci, d’autant plus qu’il en a été érigé en gardien. Pour la raison symétrique, parce que son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution, le juge ne peut qu’accorder la primauté à la règle constitutionnelle*”⁵³.

Así mismo, en términos de competencia, “los jueces ordinarios no pueden controlar la conformidad a la Constitución de las estipulaciones convencionales: ese control está en manos de las autoridades competentes para ratificar o autorizar la ratificación [de los tratados internacionales], y al Consejo Constitucional”⁵⁴ en el marco del control preventivo de constitucionalidad, es decir antes de la ratificación del tratado internacional, según el artículo 54 de la Constitución de 1958.

Conclusión

La experiencia francesa permite diferenciar la primacía convencional de la supremacía constitucional y, al mismo tiempo, saber quién es el juez competente para asegurar cada una de estas funciones normativas. El carácter difuso del control nacional de convencionalidad permite dejar inaplicadas las disposiciones de derecho interno que, en un caso concreto, se muestren contrarias al parámetro de convencionalidad. Esta posibilidad no necesita de la intervención del juez constitucional, debido a que el control no se resuelve bajo un criterio de validez sino de compatibilidad. Este aspecto responde a la lógica del

53 Dubouis, Louis, “Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne”, in *L’Europe et le droit – Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, p. 214.

54 Maugué, Christine, “Le Conseil Constitutionnel et le droit supranational”, *Revue Pouvoirs*, n° 105, Paris, Le Seuil, 2003, p. 68.

derecho internacional de asegurar su primacía en el ámbito interno, garantizando la efectividad de sus disposiciones y evitando de paso la responsabilidad internacional del Estado. Aunque no exista una norma de habilitación explícita que otorgue al juez ordinario la competencia de ejercer el control de convencionalidad, ésta podría derivarse eventualmente del carácter supralegislativo, aunque infraconstitucional, del derecho internacional, interpretándolo como una metaregla de resolución de conflictos normativos en la aplicación del derecho.

En todo caso, hay que decir que el control interno de convencionalidad parece imperfecto por al menos dos razones. En primer lugar, dicho instrumento no es apto para resolver los problemas normativos que enfrenten a la Constitución nacional con las disposiciones de derecho internacional. Por el momento, no vemos ninguna disposición normativa que habilite al juez interno de convencionalidad a inaplicar su propia Constitución nacional, salvo en los casos donde se reconoce la supraconstitucionalidad. En segundo lugar, el efecto limitado que dicho control tiene en el ámbito interno (e incluso internacional) no permite excluir del ordenamiento jurídico normas declaradas inconvencionales. Aunque dichas normas no se apliquen en un caso concreto, no deja de ser molesto que éstas sigan existiendo en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, difícilmente podríamos esperar de un solo instrumento que resuelva todos los problemas que puedan surgir de la interacción entre derecho interno y derecho internacional.

Para terminar, debemos subrayar que la separación estricta entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad no le permite al juez constitucional, en algunos ordenamientos jurídicos, jugar un rol protagónico en la implementación del derecho internacional. La dificultad estriba en que, al ser un órgano estatal, éste no podría ser ajeno a los mandatos del derecho

convencional, a riesgo de comprometer con su indiferencia la responsabilidad internacional del Estado al que pertenece. Sin embargo, no hay que olvidar que el juez constitucional dispone de herramientas propias muy importantes para proteger los derechos fundamentales. La intervención del juez nacional no es subsidiaria⁵⁵, como si lo es la labor de los órganos regionales de Derechos Humanos. Por esta razón, la protección progresiva de estos derechos está (y siempre ha estado) en el ámbito nacional y no en el ámbito internacional.

55 En ese sentido, Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142.