

# El control de convencionalidad y sus problemas

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE\*

## Resumen

El llamado control de convencionalidad ha nacido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la primacía que debe tener la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la legislación de los países que son parte del sistema interamericano. Aparecido por vez primera en el caso «Almonacid» en 2004 busca que la normativa interamericana y la jurisprudencia de la Corte sean observados por la legislación de los países miembros, tanto en sus Constituciones como en su legislación interna. Desde entonces se ha ido desarrollando y ha creado diversos problemas de aplicación e interpretación. Tiene, pues, cierta relación con el llamado control de constitucionalidad que se practica al interior de los Estados, pues el control de convencionalidad está creado para proteger el derecho que surge de la Convención Americana y de su jurisprudencia. No obstante esto en los últimos años ha tenido un desarrollo y avance vertiginoso, ocasionando muchos problemas que no han llamado la atención de los estudiosos y de los que aquí se quiere dar cuenta, así como de los excesos que se ha visto en ciertos casos. Es un enfoque de simpatía por este sistema de control, pero crítico al mismo tiempo.

**Palabras clave:** Sistema Interamericano. Control de constitucionalidad. Control de convencionalidad. *Ius commune* latinoamericano. Bloque de constitucionalidad. Ubicación del derecho convencional.

## Sumilla

1. Orígenes y desarrollo
2. Itinerario del control
3. Dos tópicos trascendentes
4. Casos en que existe jurisprudencia interamericana y en los que no existe
5. Bloque de convencionalidad
6. El control por otros poderes del Estado
7. *¿Ius constitucionale commune?*
8. ¿Apóstoles o mercaderes del templo?
9. El lugar en donde ubicarlo
10. Cómo enseñarlo
11. Conclusión preliminar

Apéndices

---

\* Abogado y doctor en Derecho. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Maestría en Derecho Constitucional). Secretario general ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

## 1. Orígenes y desarrollo

El nombre «control de convencionalidad» es relativamente nuevo. Tiene antecedentes europeos que se remontan a la época de los setenta del siglo pasado, pero en nuestro ámbito americano se configura recién en el año 2006, en el famoso caso «Almonacid Arellano vs. Chile», en donde el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte o la CI) lo hizo suyo. El primero que planteó esta tesis en el espacio jurisdiccional interamericano fue el juez Sergio García Ramírez, acreditado jurista mexicano cuyos inicios se dan en la disciplina penal, pero que luego se ha dedicado con persistencia al tema de los derechos humanos, tanto a nivel local como interamericano.

Es obvio que el «control de convencionalidad» tiene cierto parentesco de familia con el clásico «control de constitucionalidad», por lo menos en sus grandes lineamientos. Pero sus puntos de partida difieren. El primero tiene su más lejano sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en 1969 en San José de Costa Rica —y de ahí que varios la llamen o conozcan como Pacto de San José— que entró en vigencia en 1978. En la actualidad son parte de ella casi todos los países americanos, con la excepción de los Estados Unidos —que curiosamente no ha firmado ningún tratado internacional de derechos humanos— Canadá, territorios pequeños como Belice e islas caribeñas (Bahamas, Guyana) entre otros. Dicho Pacto tiene un enunciado muy largo de derechos clásicos, o sea, los llamados civiles y políticos en la tradición sajona (y que vienen avalados en cierto sentido por los dos célebres Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados por las Naciones Unidas en diciembre de 1966). Y han sido complementados por otros en calidad de Protocolos que cubren adicionalmente los demás derechos humanos (económicos, sociales y culturales, como es el caso del Protocolo de San Salvador). Y con dos atribuciones muy claras: una consultiva y otra contenciosa, ambas a cargo de la misma Corte que decide conflictos, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Comisión) que es mediadora y filtro de las peticiones que se hacen ante el sistema. La Corte es el órgano jurisdiccional y la Comisión es el órgano de estudio y consenso, si bien en alguna oportunidad se ha tomado, en mi opinión, competencias que no le corresponden, en especial en materia de medidas cautelares.

Lo cierto es que el Sistema Interamericano tiene un órgano de resolución de conflictos que es la Corte, cuya competencia existe desde el momento en que los Estados parte la acatan y la reconocen. Si esto no sucede, nada puede hacer la Corte. Se trata, como se ve, de una situación en la cual los Estados libremente reconocen la jurisdicción de la Corte Interamericana y por tanto se obligan a aceptar sus fallos y acatarlos. Igual sucede, pero en otro nivel, con la Comisión, que si bien no es

jurisdiccional, da recomendaciones e incluso busca acercamientos y acuerdos entre las partes, lo cual se ha logrado muchas veces. Su presencia es útil y es conveniente mantener su existencia, más aun cuando su radio de acción es más amplio que el de la Corte Interamericana —es, además anterior a ella— pues cubre a todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que exceden largamente a los que son parte del «sistema interamericano de derechos humanos».

Ahora bien, el planteo que hizo en su día Sergio García Ramírez es técnicamente impecable, pero tiene algunos bemoles, pues si bien sobre aquel existe abundante jurisprudencia de la Corte, eso no significa que los problemas hayan desaparecido, sino más bien podrían haberse ahondado. Y consiste en lo siguiente: de acuerdo a un planteo de las fuentes del Derecho, estas existen necesariamente en forma preordenada de menos a más. Esto se aprecia claramente al interior de un Estado, pues un reglamento aprobado por una resolución ministerial es inferior a un decreto supremo y ambos lo son en relación con la ley. Esta, así como los otros dispositivos, deben guardar fidelidad a la Constitución. Y de ahí surge el control de constitucionalidad que justamente actúa como mecanismo de defensa de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico que le está subordinado. Es un control interno, de arriba hacia abajo.

Pero si seguimos en esa ruta ascendente, vemos que por encima de los ordenamientos nacionales, existen los supranacionales como es el caso, en lo que nos atañe, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más aun, cuando su competencia contenciosa ha sido libremente aceptada por el Estado el cual, llegado el caso, podría incluso desentenderse de ella, denunciándola de acuerdo a los términos internacionalmente aceptados (de vieja data, como se sabe, pero recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

Un tema recurrente en el ámbito internacional, valioso sobre todo por su larga supervivencia histórica, es lo que se conoce como monismo y dualismo. Para el primero —según sostiene Kelsen— el orden jurídico es uno solo y se ordena en forma descendente y por tanto el orden internacional se encuentra por encima del orden nacional. Para otros —por ejemplo Triepel— se trata de dos órdenes distintos y paralelos, cada uno de los cuales tiene su propia esfera de competencia.

Este planteo clásico que en el fondo encierra un paralelismo que podría ser paralizante, ha sido enormemente matizado en los últimos años, con tendencia a desaparecer, pero es obvio que los dos órdenes jurídicos, el nacional y el internacional, siguen existiendo. Aun más, si bien es cierto que la soberanía de los Estados está hoy en día muy disminuida en relación con lo que pasaba en el período de entreguerras, lo cierto es que ese orden internacional y más aun cuando implica cesiones parciales de soberanía estatal, tiene que ser aceptado expresamente por

el propio Estado. En el caso de la aceptación de la competencia de un tribunal supranacional es menester depositar un instrumento de ratificación en la sede internacional señalada para estos fines. Esto es muy claro en la Corte Interamericana y recientemente es lo que sucede en la Corte Penal Internacional con sede en La Haya. Esto no impide que en casos especiales (como los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia) hayan sido creados por órganos internacionales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si bien se trata de situaciones especiales y de duración determinada, a diferencia de la Corte Interamericana y similares, que son permanentes y de duración indeterminada.

Así las cosas, si un Estado es demandado ante el sistema interamericano y el tema llega a la Corte Interamericana, deberá acatar lo que la sentencia de la Corte resuelva, aun cuando esto suponga dejar leyes internas de lado (caso «Barrios Altos vs. Perú») o incluso si se cuestiona la Constitución (caso «La última tentación de Cristo»). En estas dos peticiones, la Corte Interamericana interpretando la Convención Americana, dejó establecido que en tales situaciones, se habían producido roces o violaciones al orden jurídico interamericano creado por la Convención —extensivo a sus demás instrumentos relacionados— y por tanto hacía un control de ella, teniendo en cuenta la supremacía de la Convención. Era, pues, un control de convencionalidad, o sea, desde la Convención hacia abajo. Hasta aquí las cosas fueron claras, si bien como doctrina vinculante de la Corte demoró tiempo en asentarse.

Pero luego surgieron otros temas, que no son pocos. Enumeremos algunos de ellos. Lo primero es que esa sentencia debería aplicarse, es decir, hacerla suya el Estado demandado. Esto significa que a veces es necesario desarchivar casos judiciales y abrir nuevos procesos, con las complicaciones que eso conlleva. Es decir, un nuevo juicio en donde no se aplicará la ley que fue cuestionada, sino los principios que se desprenden de la sentencia interamericana. Y con la posibilidad de que el juicio, al final, exceda el plazo razonable que la misma Corte se ha esmerado en rescatar y reafirmar.

Otro punto que ha surgido, es que la sentencia no queda limitada al caso concreto. La Corte considera que lo decidido por ella puede o debe tener aplicación en todos los casos o situaciones similares. Y si por ejemplo lo que llegó a la Corte fue un proceso que involucraba a veinte personas, aun cuando no hubiesen ido sino 10, también a los no concurrentes debería aplicárseles los principios de una sentencia emitida en un proceso en el cual no participaron y al cual deberán someterse. Adquiere así la sentencia un carácter expansivo, es decir, aplicable a todos los involucrados, aun cuando no hubiesen comparecido ante la Corte. Con lo cual, sin lugar a dudas, resultó afectado el derecho de defensa.

Otro tópico que se presenta es que se ha encargado al juez nacional que observe esos criterios interpretativos para aplicarlos en un caso futuro que sea igual. Y aquí vienen algunos interrogantes.

- a) ¿Cómo sabe el juez cuál es el criterio de la Corte Interamericana en un caso concreto...? La Corte publica sus resoluciones solo en la página web: no existen boletines ni tampoco los jueces nacionales están al tanto de todos los casos que la Corte resuelve, agravado por el hecho de que sus sentencias son kilométricas, con varios votos singulares generalmente extensos.
- b) Es muy probable que la Corte Suprema de un país sepa perfectamente cuáles son las sentencias de la Corte Interamericana, pues a ese máximo nivel el conocimiento y la información es otra. Pero ¿podemos decir lo mismo de jueces de la periferia, en poblaciones alejadas, generalmente en medio de grandes carencias y ayunos de este tipo de información que además nadie se las proporciona? La situación se agrava en países de grandes extensiones, más aun cuando tienen una estructura federal en donde se dan dos constituciones, la del estado local (entidad federativa o provincia) que conocen muy bien, y la del Estado nacional. Y ello sin olvidar que hay países con un desarrollo institucional disparado, que tienen a su interior bolsones de pobreza con escasa formación cultural (Perú, Ecuador, Bolivia, Paraguay, etc.) y algunos países de Centroamérica.
- c) En la gran mayoría de los casos, los problemas que afrontan los jueces nacionales no tienen nada que ver con lo que la Corte Interamericana ha dicho. En otros, sí. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana señala que en estos casos, en donde no hay ninguna relación directa con el mundo supranacional, el juez debe hacer un control de convencionalidad de oficio, o sea, de propia iniciativa y con su solo criterio jurídico. Y esto no es sencillo. Más aún: es peligroso y puede desembocar en actitudes o decisiones antojadizas o arbitrarias.

## 2. Itinerario del control

El control de convencionalidad tiene, pues, varios niveles. Uno es el que surge de un caso concreto, que lo hace la propia Corte Interamericana. Y otro es el que hacen los jueces locales, por propia iniciativa, en casos que llegan a su conocimiento. Y en donde deben hacer un control difuso de convencionalidad, aun cuando nadie se los pida.

Es obvio que el control de convencionalidad no obliga a inaplicar la Constitución de un país, sino las leyes y demás normas que integran el orden jurídico. Si se tratase de una ley, es una labor que queda confinada a la Corte Interamericana y sobre la cual esta tiene competencia. Pero el asunto es más delicado si se piensa que es una

Constitución, en cuyo caso lo recomendable es pedir que el Estado propicie su modificación, que es lo máximo que se puede pedir toda vez que no es fácil hacerlo en los estados democráticos, por los problemas internos que toda modificación implica. Pero esto es cada vez más improbable. Por lo general, incluso los países más autoritarios, se rodean de textos constitucionales que son un canto a los más excelsos principios y al respeto a los derechos humanos, que lo único que hacen es encubrir una realidad. Es un homenaje que rinde el vicio a la virtud. Por tanto, encontrar normas constitucionales que rocen con el Pacto, lo encontramos cada vez más difícil. Por lo menos para constituciones aprobadas en los últimos años (véase por ejemplo la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999, que es un dechado de buenas intenciones, cada vez más incumplidas).

El control de convencionalidad, en síntesis, tiene este itinerario:

- a) Nace por decisión de la Corte Interamericana.
- b) Se aplica en esa sede solo al caso concreto.
- c) Se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte.
- d) De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y
- e) Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.

### **3. Dos tópicos trascendentes**

Por ese fenómeno curioso de la «recepción» estudiado por los comparatistas, los sistemas jurídicos y políticos en nuestra América proceden muchas veces por imitación consciente y asimilan y hacen suyos, no siempre con éxito, modalidades o instituciones propios de otros sistemas u organizaciones de carácter jurídico. Así la Corte Interamericana ha desarrollado dos temas vinculados con el control de convencionalidad, pero no necesariamente son parte de él. Ellos son las Opiniones Consultivas y las Reparaciones. Las veremos a continuación.

La «opinión consultiva» la emite la Corte Interamericana en determinados casos y fue así como inició su actividad en los primeros años, en los cuales prácticamente no había procesos que conocer. Y si bien frecuentes al inicio, no lo son tanto en los últimos años.

En torno a ellas existen dos posturas. Una que considera que la opinión consultiva es de carácter jurisdiccional y otra que estima que no lo es. En lo personal, no

creo que sea jurisdiccional, pues se trata de un pronunciamiento en abstracto en el cual no hay un contradictorio y como su nombre lo indica, es de consulta, no de decisión. La misma Corte Interamericana no ha sido muy precisa en esto, pero se inclina cada vez más a darle un mayor valor y obligatoriedad.

El otro punto es saber si esa opinión consultiva obliga o no al Estado que la formula. Y de ser así, si adicionalmente obliga a los demás Estados. Dudo mucho que una mera opinión consultiva —que es de carácter ilustrativo— pueda obligar al que la formula y menos a los demás Estados del sistema interamericano. La opinión consultiva es de indudable interés y tenderá con el tiempo a ser jurisprudencia de la Corte, pero ella en sí misma no tiene porqué ser vinculante y menos aun jurisdiccional. El hecho de que quien emita una opinión consultiva sea un órgano jurisdiccional, no significa que todo lo que hace sea jurisdiccional, sino lo es cuando reúne determinados requisitos que la hacen tal y además se le haya concedido expresamente esta facultad. No está de más recordar que al lado de las labores jurisdiccionales, la propia Corte Interamericana tiene labores administrativas y normativas de carácter reglamentario. E igual sucede en los órganos judiciales modernos. Tampoco tiene sentido decir que es semi-jurisdiccional, pues en esta materia se tiene jurisdicción o no se tiene. Aquí opera el principio *tertium non datur*.

El otro aspecto que aquí nos limitamos a señalar es el de las llamadas «reparaciones», o sea, las indemnizaciones que la Corte Interamericana señala al Estado condenado en una determinada sentencia. Esto ha llamado la atención sobre todo en los casos de terrorismo, que ha sido y en parte es una plaga de nuestro tiempo. Y tiene los siguientes ingredientes: un grupo terrorista que actúa con violencia llegando al extremo de asesinatos en masa. Cuando esto ocurre, un Estado poco prudente —lo cual es frecuente— contesta en los mismos términos y termina cometiendo iguales desmanes que los grupos terroristas y actuando igual o peor que ellos. En estos casos, generalmente son los parientes de los terroristas fallecidos, desaparecidos o prisioneros, los que recurren a la Corte Interamericana y como el denunciado es el Estado que incurrió en estos excesos, se le condena al pago de «reparaciones». Es decir, el Estado queda obligado a dicha indemnización que consiste en pago en dinero y adicionalmente en gestos como publicidad y lectura pública de la sentencia, honrar y desagraviar a los terroristas, develar placas, ofrecer públicas disculpas, levantar memoriales, plazas o monumentos en su homenaje, etc. todo lo cual da a entender que el Estado actuó mal —lo cual nadie discute— pero lleva a la conclusión —aun cuando errónea— de que los terroristas eran prácticamente ciudadanos ejemplares. Y aquí lo que en realidad sucede es lo siguiente: el Estado paga indemnizaciones a favor de los terroristas, que de esta suerte aparecen como «limpiados» por la Corte Interamericana frente a los excesos del Estado, lo cual lamentablemente

se ve mal, más aun si se considera que los terroristas que fueron en petición ante la Corte Interamericana, eran a su vez asesinos de población civil, generalmente gente humilde y de miembros de la policía o del ejército, que quedan impunes. Es decir, los terroristas aparecen como «rehabilitados», pero aquellas personas que ellos mataron en un exceso demencial quedan en el olvido. Y esto es lo que no ha reparado la Corte, pues i) condena al Estado ii) indemniza a los terroristas iii) las víctimas de estos, quedan en el más completo olvido y absoluta desprotección. Los terroristas resultan recompensados en la medida que se comprueba que contra ellos se actuó en forma desmedida, pero sus víctimas, a quienes generalmente asesinaron sin contemplaciones, quedan marginados de toda reparación que, por cierto, nadie lo exige ni el Estado se ve obligado a compensar. Al final nadie honra ni compensa a las víctimas inocentes del terror. Es lo que vemos cuando un Estado condena a muerte a un determinado delincuente que cometió delitos graves. El público y los medios se apiadan de estos asesinos —sobre los que hay libros e incluso películas— pero los que fueron sus víctimas no son recordados por nadie, salvo por sus familiares.

#### **4. Casos en que existe jurisprudencia interamericana y en los que no existe**

Lo último que hemos mencionado, o sea, la labor del juez nacional como defensor del Pacto de San José y por tanto obligado a hacer el control de convencionalidad en los casos sometidos a su conocimiento, es un problema que tiene sus aristas. Es lo que se conoce como control difuso de convencionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene la ventaja de que estudia los casos en última instancia, luego que ha pasado en forma infructuosa el filtro de la Comisión Interamericana y haber agotado la jurisdicción doméstica. De esta manera, si bien las causas en el Sistema Interamericano demoran en resolverse, tienen la ventaja de que tienen un largo recorrido que les permite ver mejor las cosas. Esto no sucede en el caso del juez nacional, que debemos distinguir en dos niveles: el juez del estado, provincia o entidad federativa, en los países con estructura federal. Y los jueces de las ciudades y capitales, en los países con estructura unitaria.

En el primer caso, existe la Convención como parámetro, pero también dos constituciones: la nacional y la local. En los países unitarios, solo tenemos la constitución nacional. Pero en ambos se presenta el problema: si el juez se enfrenta con jurisprudencia interamericana existente o si por el contrario, esta no existe.

Si no hay jurisprudencia interamericana en la materia, pedir a un juez de provincias, sin mayor información y probablemente sin mayor cultura, que interprete la Convención Interamericana es algo difícil, más aun si no tiene criterios a la vista. Y si por ejemplo, arriba a la conclusión de que un determinado texto legal es



«inconvenional»... ¿quién revisa la sentencia así dada? ¿Es el superior jerárquico... incluso la Corte Suprema de cada país? La interpretación constitucional siempre ha sido problemática, incluso para los tribunales o cortes constitucionales. Con mayor razón, lo será el Pacto de San José para quien está alejado de él.

El otro problema que se podría presentar es si el juez cuenta ya con una sentencia de la Corte Interamericana que es aplicable al caso o piensa que lo es, sea directa o indirectamente. Con lo cual el juez bien podría pensar si es que una sentencia de la Corte Interamericana es un cerrojo o no lo es. Aun más... ¿Qué sucede si las sentencias de referencia no son claras o permiten interpretaciones diversas o no son coincidentes entre sí?

Los estudiosos de la jurisprudencia interamericana han estimado que ella es un *continuum* sin sobresaltos, lo cual no es exacto. La reciente sentencia en el caso «Brewer-Carías vs. Venezuela» demuestra precisamente esos vaivenes o retrocesos existentes, como quiera que lo llamemos. Más aun cuando trasuntan una carga ideológica nada desdeñable, que se ha visto en más de una oportunidad (véase la impresentable intervención de la Comisión Interamericana mediante comunicado de 6 de junio de 2012, en la cual, sin ningún elemento de juicio, pidió paralizar el proyecto minero Conga en el Perú, cuando aún no había sido iniciado y faltaban estudios técnicos).

Aun más. Como estamos ante un caso de control difuso, podría uno preguntarse si cabe desconocer esa sentencia interamericana. Sabemos que el control difuso se practica en el *common law* en donde opera el sistema del precedente. Y dentro de esta práctica, existe el llamado *overruling* o revocación del precedente, que puede ser total o parcial e incluso mantenerlo pero disminuyendo o matizando sus alcances (*distinguishing* y *limiting*). Este método es conocido perfectamente en el mundo del control difuso, y no vemos por qué no puede hacerlo un juez nacional. De lo contrario, tendríamos que consultar en cada caso a la Corte Interamericana su sentido, lo que a la larga sería convertir este método en una caricatura y a la Corte en una virtual dictadura.

## 5. Bloque de convencionalidad

Otro punto importante es lo que se ha dado en llamar el «bloque de convencionalidad» que ha sido tomado, como se sabe, del «bloque de constitucionalidad» creado en los años setenta del siglo pasado por el Consejo Constitucional francés. Ahora bien, según aquellos que patrocinan este concepto, el «bloque» sería prácticamente infinito. Empezaría por el Pacto de San José, continuaría con las demás convenciones sobre diferentes aspectos de derechos humanos, seguiría con las

sentencias de la Corte Interamericana, continuaría con las opiniones o decisiones de la Comisión Interamericana y se prolongaría en el grueso cuerpo de los convenios internacionales aprobados en los últimos cuarenta o cincuenta años y que son más de cincuenta y tratan sobre los más diversos temas, desde el derecho a la vida al derecho al agua potable (derecho este nobilísimo, pero que en la práctica no se cumple). Es decir, sería un enmarañado de textos casi inmanejable que conocen muy pocos y a los cuales se llega a través de eventuales volúmenes que los contienen o las páginas web de los organismos internacionales que son legión.

Así considerado, el «bloque de convencionalidad» se vuelve en realidad algo casi inservible, pues al final el «bloque» no se alcanza a conocer y además se puede interpretar de mil maneras. La idea original del «bloque» tal como se establece en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, es algo relativamente pequeño y sobre todo granítico. Es decir, sólido y permanente. Y eso no es lo que sucede con este concepto, que al ser trasladado al ámbito interamericano se desnaturaliza y se vuelve inútil.

Si analizamos con humildad la situación actual, debemos constatar que en el mundo existen regiones que tienen sus propios instrumentos de defensa de los derechos humanos. Y además que a nivel mundial no existe un concepto único de lo que son los derechos humanos, ya que aun en Occidente, tan afín a nosotros, existen diferencias y matices que ha hecho necesario crear lo que se conoce como «margen de deferencia con las legislaciones nacionales» o «margen de apreciación nacional».

Lo más práctico sería centrarnos en lo nuestro: o sea, el sistema interamericano con sus instrumentos —no más de seis o siete realmente importantes— y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente. Es hora de dejar del lado maximalismos que generalmente no conducen a nada. Y pensar, o mejor dicho ser conscientes de que estamos yendo a un ritmo que supera los márgenes europeos, con el riesgo de tropezarnos por el exceso de velocidad.

Al margen del «control difuso» de convencionalidad, este se lleva de manera concentrada en dos niveles: en la misma Corte Interamericana, al resolver un caso en definitiva, y al interior de los Estados, cuando ello ocurre en los tribunales o cortes constitucionales (en los países en que existen) o en las Cortes Supremas que hacen las veces de tales (como México, Argentina y Brasil).

Con todo, lo «concentrado» es por fuerza limitado. Para centrarnos en la Corte Interamericana, cuenta en toda su historia con 291 sentencias, de gran valor por cierto y con fuerza expansiva, pero sin que su cobertura sea muy amplia. Problema aparte, que aquí no tratamos, es el de la financiación del Sistema Interamericano, que se mueve con grandes carencias.

## 6. El control por otros poderes del Estado

Una de las consideraciones que ha tenido en cuenta la Corte Interamericana para los efectos de hacer más efectivo lo que ella decida y lo que estipula la Convención, es señalar (caso «Gelman vs. Uruguay», entre otros) que ella vincula a todos los poderes del Estado. Esto como principio suena bien y así se estipula en diversas normas constitucionales y locales. Pero en relación a ese tipo de vinculación cabe dos tipos de consideraciones: la primera es que ella obliga a la conducta del Estado en sí misma y por tanto si no observa la normativa interamericana, se expone a que el interesado o afectado, interponga una demanda judicial para hacer enervar ese efecto. Pero supongamos que en un proceso administrativo —en rigor un procedimiento— entre el Estado y un particular, este solicite algo que la Convención o la jurisprudencia de la Corte no permite y que el particular insiste en ella, pues lo ampara la legislación interna. En este supuesto ¿debe la Administración, o sea la burocracia de un Estado, denegar un pedido del administrado porque se opone a la Convención? Esto sería conceder expresamente a la Administración poderes jurisdiccionales que es peligroso y nada recomendable y que generalmente las constituciones locales no otorgan. En efecto, la Administración puede negarlo por diversos motivos, pero a quien corresponde confirmarlo es al órgano jurisdiccional. Es cierto que se dice que este control es dentro de sus respectivas competencias, pero no debemos olvidar que las competencias de la Administración no siempre son claras. Y por eso, salvo el caso de Colombia y su Consejo de Estado, todo lo que hace ella lo resuelve en definitiva el Poder Judicial. Por lo tanto, lo resuelto por la Corte Interamericana hay que tomarlo con pinzas, pues no podemos llegar al prurito de pedir que todos controlen todo, pues con ese criterio y llevando el argumento al absurdo, un jefe de la mesa de partes de un Ministerio podría tomarse esas licencias.

## 7. *¿Ius constitutionale commune?*

Europa, que nos lleva muchos años en experiencia cultural y política, no ha logrado construir todavía una «constitución europea» que sabemos que fracasó. Avanzó mucho en materias monetarias, aduaneras, bancarias, educativas, financieras, protección de derechos humanos, pero sigue siendo un conglomerado de países que ni siquiera son una federación. El llamado «derecho constitucional europeo» es todavía una ficción útil para alimentar cátedras y publicaciones, pero por más elementos que los unan, todavía no son una unidad. Hay muchas cosas que los separan: las tradiciones, los usos y costumbres, las regulaciones locales, la religión e incluso los idiomas (son 21 los reconocidos oficialmente, si bien priman el inglés y el francés). Se soñó en una expansión indetenible y eso dio origen al «euro optimismo» en donde todos bogaban por la inclusión de Turquía dentro del espacio europeo, lo

que hoy está más lejos que nunca. La crisis iniciada en 2008 sigue vigente y no parece amainar, lo cual demuestra que el proceso se ha ralentizado enormemente y tardará un buen tiempo en reanimarse. Y esto sin contar con la presencia del terrorismo islámico en puntos neurálgicos del viejo mundo.

En la América Latina, por el contrario, no estamos mejor. Los afanes de integración empezaron por lo económico en la década de 1960 y prácticamente estamos en lo mismo. Agravado por las diferencias que por un lado tienen los gobiernos entre sí y las políticas que ellos llevan a cabo. Solo en esta materia tenemos varias entidades aparentemente para el mismo fin, cuyas siglas podrían parecer una sopa de letras. Existen al interior gruesas diferencias que no han desaparecido, si bien la retórica lo aguanta todo y distamos mucho todavía de unir políticas públicas y orden legal (cf. Julio María Sanguinetti, *América Latina invertebrada* en «El País», 31 de octubre de 2013).

Ante este complicado cuadro, pensar en un *ius constitutionale commune* no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desiderátum. Más aun cuando ello implica que debería existir una matriz constitucional común a toda la América Latina —quizá exceptuando a los pequeños países de origen sajón, francés u holandés— que está muy lejano, no solo en cuanto a textos mismos, sino a realidades y aspiraciones. Más sensato es pensar en un modesto *corpus iuris* interamericano pues eso se da, pero en muy pequeñas dimensiones y además toma tiempo en asentarse. La Corte Interamericana, por razones obvias, ha privilegiado más la protección de unos derechos sobre otros, pues si bien en principio todos son iguales, unos son más urgentes o más violados que los otros. Un poco lo que señalaba Orwell en su famoso libro «*Animal Farm*»: todos son iguales, pero algunos son más iguales que otros.

## 8. ¿Apóstoles o mercaderes del templo?

El problema de los derechos humanos, sobre todo desde inicios del siglo XX y así hasta nuestros días, es que presenta dos facetas. Es un poco lo que es el cine. Por un lado, es un arte que nos ha ofrecido películas creativas, con mensajes positivos, recreando grandes obras y ofreciendo un entretenimiento sano y creador. Pero por otro lado, es un negocio que puede explotar los más bajos instintos y la violencia más desenfrenada. Igual podríamos decir, pero con otro acento, de lo que es el Derecho. Por un lado es una disciplina que tiene un desarrollo teórico de muy altos quilates y eso motiva que mucha gente dedique su tiempo y muchas veces sus vidas a la reflexión y a la producción libre y desinteresada. Pero por otro, es un oficio para la lucha por la vida, en donde las armas pueden usarse de diferente manera, muchas veces llanamente, pero otras en forma desleal.

En los derechos humanos pasa lo mismo. Por un lado es una causa muy noble cuya defensa y protección ha sido muy larga, y desde los tiempos más antiguos. Pero solo se ha formalizado o concientizado de su necesidad y uso a fines del siglo XIX y más en concreto desde el inicio del siglo XX. Algo de esto aparece en la primera posguerra —o sea, desde 1919— y más en concreto después de la segunda posguerra —1945— lo cual fue formalizado con la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, a la que siguieron los Pactos Internacionales de 1966 y muchos más.

En estos temas, hay personalidades que han destacado de manera singular (como es el caso muy conocido de Rigoberta Menchú y Pérez Esquivel en nuestra América y antes el muy reputado Albert Schweitzer con su obra humanitaria en el África). Y así hay muchos más, a los que podemos calificar realmente como defensores de una causa noble y que además creen en lo que hacen y ejercen un verdadero apostolado en su causa. Más aun en Estados que no dan demasiada importancia al tema de los derechos humanos.

En otros lugares la cosa es distinta. Ya no son personas individuales sino organizaciones que generalmente adoptan una personería jurídica para tener acceso a los medios, a los fondos internacionales y apoyos similares. Y aquí, lamentablemente hay de todo: lo bueno, lo malo y lo feo. Estas entidades se conocen ahora con la sigla de «Organizaciones no gubernamentales» (ONG) que en veces son controladas por los Estados o por sus donantes o por nadie. Aquí lo que más se ve es que muchas de ellas se justifican —en cuanto a su existencia y al financiamiento— con la ayuda de los medios para armar escándalos, muchas veces sin siquiera investigar los hechos. Más que un papel docente, humanitario y de ayuda, se han convertido en mercaderes que justifican así sus ingresos y que otros han encontrado como medio para hacer política, de una manera rápida y exitosa. Explotan el morbo de la gente, deforman la realidad, azuzan a las autoridades judiciales para que inventen investigaciones y muchas veces se les ve viajando en clase ejecutivo y alojándose en hoteles de cinco estrellas, con lo cual se comprende de inmediato lo que buscan. Aun más, no les interesa la verdad, o sea, el hecho objetivo, sino aquello que calza con sus intereses. Y se ve, por cierto, también en el mundo académico, pues entran ahí con facilidad y se mueven de contrabando. Aun más lejos, logran que muchas veces miembros de la Comisión Interamericana hagan visitas inopinadas —no a Venezuela, a Cuba o a Bolivia— sino a países con regímenes democráticos pero con dificultades para que empujen a los gobiernos a hacer investigaciones sobre todo hecho que pudiera parecer sospechoso y no les guste. Incluso mantienen lobbies en ciertos organismos internacionales, que son caja de resonancia de lo que piden.

Ahora bien... ¿cómo explicarse este hecho que abarca a gran número de ONG de derechos humanos, si bien es cierto que no a todas? La explicación es sencilla: por un lado gobiernos que aun cuando formalmente democráticos, son descuidados y no le dan la importancia debida a los derechos humanos, sobre todo a los básicos. Y por otro, la sociedad civil que no hace nada o muy poco para estar alerta y denunciar estos hechos.

Es evidente que no todo son cuadros grises. Por poner solo un ejemplo, el Sistema Interamericano, en especial la Comisión, fue muy útil en el caso del Perú de Fujimori, gracias a que los particulares y varias ONG actuaron y evitaron así mayores destrozos de los que hubo. Pero esto no es frecuente, aun cuando hay que dejar constancia de ello. Es de esperar que estas actitudes tan positivas se reanuden en el futuro.

La única manera de que estos excesos no se repitan o por lo menos no se den de manera tan gráfica, es la existencia de una opinión pública crítica, atenta, que pueda encauzar a los gobiernos de los países para mejores logros. De esta manera, los defensores de los derechos humanos se decantarán y quedarán solo aquellos que actúen sin dobleces y animados por una causa justa.

## **9. El lugar en donde ubicarlo**

Un interesante problema lo presenta la ubicación teórica del «control de convencionalidad», o sea, en qué lugar del mundo jurídico lo ubicamos. Las clasificaciones como se sabe, vienen desde el Derecho Romano y hace tiempo que dejaron de ser absolutas. Tienen hoy un doble papel: por un lado, un carácter consensuado, es decir, fruto de un acuerdo. Y por otro, un alcance explicativo. Dan cuenta de una realidad, es decir, la justifica en cuanto tal y permite un más fácil manejo de las categorías. En tal sentido, la vieja clasificación del Derecho en público y privado tiene predicamento y se utiliza mucho en el derecho positivo. Más nítida es la que distingue entre lo sustantivo y lo adjetivo, o como mejor se le califica hoy, instrumental. Por un lado, un Derecho que reconoce una pretensión y por otro una vía para ser implementada y hacerla realidad. Y al interior de cada una de ellas se reiteran las ramificaciones, con todas las dudas y asertos que sabemos que existen.

Así, por un lado, se ha comparado el «control de convencionalidad» con el «control de constitucionalidad», y como en cierto momento pueden cruzarse, si es que se les asimila al Derecho Procesal Constitucional. Así, en el IX Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Hermosillo, Estado de Sonora, México, 3-5 de diciembre de 2014) se coloca como tema central el «Derecho Procesal Constitucional Transnacional», que es otra forma como puede calificarse el aserto de Cappelletti en los años setenta del siglo pasado. Este jurista, como se sabe,

habló de tres áreas: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional. Como todo bosquejo pionero, este del gran procesalista italiano es muy sugestivo, pero debe, en mi entender, dejarse de lado, descartarse y usarlo solo como recurso retórico o suasorio. En efecto, los dos primeros ítems se dan al interior del Estado y el último en la esfera externa, que hoy debe replantearse.

Aceptado —incluso por la aséptica doctrina italiana— que existen procesos constitucionales, tenemos que admitir en consecuencia que tenemos procesos constitucionales de la libertad y procesos constitucionales orgánicos y ello al interior del Estado. Pero la tercera fórmula nos parece insatisfactoria.

¿Cómo calificar los procesos que se llevan fuera del Estado y fuera por tanto de la soberanía del Estado? Es obvio que hoy en día, más allá de la globalización y de la internacionalización que se vive, no se ha abandonado el concepto de «territorio» y tampoco el de «soberanía». Es decir, a despecho del mundo globalizado y de la creciente interdependencia, siguen contando los Estados con territorio y con soberanía. Quien no tiene territorio, por más pequeño que sea, no puede considerarse como un Estado. Y siempre con soberanía, aun cuando acotada.

Ahora bien, es obvio que cada Estado tiene una Constitución, o sea, un conjunto de normas que tienen el carácter de supremas en un mundo pequeño, mediano o grande que tiene fronteras y que está asentado en un pedazo del globo terrestre. Y esas normas tienen como nombre común el de «constitución». Por tanto, cuando hablamos de procesos constitucionales, nos referimos a ciertos instrumentos al interior de un Estado y no fuera de él. ¿Cómo, pues, llamar a lo que sucede en el ámbito externo?

Los autores usan muchos nombres, tales como Control Constitucional Transnacional, Derecho Procesal Internacional, Derecho Procesal Transnacional, entre otros. Pero si volvemos a la clasificación antes mencionada, podemos añadir otra: Derecho interno o doméstico y Derecho externo o internacional. En torno a este punto como ya he señalado, existe una vieja concepción que distingue entre el dualismo y el monismo, esto es, la que considera que el ordenamiento interno y externo son independientes y por el contrario la que estima que es uno solo. Este dualidad ha ido perdiendo fuerza frente al avance del Derecho Internacional Público que vía órganos internacionales —algunos jurisdiccionales y otros no— imponen la norma internacional vía costumbre o jurisprudencia internacional. Pero sin olvidar que pese a esto, el orden supranacional solo es válido para el Estado en cuanto él mismo lo acepta, como se ha visto, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea y algunos tratados recientes (como el Estatuto de Roma). Tratándose del Pacto de San José existen dos modalidades que este encierra y que están reservadas a la

Corte Interamericana: la competencia consultiva y la competencia contenciosa. Esta última necesita una adhesión expresa y de la que previo trámite, cada Estado se puede desprender de ella (lo intentó infructuosamente Fujimori en el Perú y hoy día lo hace la Venezuela de Maduro, con más cuidado de las formas).

Así las cosas, tenemos un Derecho Internacional que puede ser Público o Privado (éste último discutido en cuanto tal e incluso en cuanto al nombre, pues en el mundo sajón lo denominan como «conflicto de leyes»). El Público es, sin lugar a dudas, el más importante y si bien con raíces muy antiguas, nace en realidad a raíz del descubrimiento de América en 1492, de la mano de Vitoria y Suárez y más ordenadamente con Grocio.

Este Derecho Internacional Público, al igual que el interno, tiene una parte sustantiva y otra instrumental. La parte sustantiva es antigua y bastante conocida y no necesita ser desarrollada aquí, sino solo la que nos interesa: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene un cuerpo de doctrina, legislación y jurisprudencia bastante sólida que forma una especie de «carta internacional de los derechos humanos» que en cierto sentido tiene su partida de nacimiento o quizá de bautismo, con la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en París en diciembre de 1948. Meses después de la americana que se aprobó en Bogotá en mayo del mismo año. Como se ve, ambas como fruto de la segunda posguerra.

Ahora bien, existe desde hace tiempo y ahora en forma más perfeccionada, organismos que son administrativos, que reciben denuncias y formulan recomendaciones luego de seguir un determinado procedimiento (caso del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dependiente del Pacto de 1966 concerniente a los derechos civiles y políticos) y otros que son jurisdiccionales, o sea, que tramitan procesos, citan a las partes, actúan pruebas y emiten sentencias de carácter vinculante. Es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en nuestro ámbito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual se llevan procesos que terminan en sentencias que vinculan a los Estados.

¿Qué sucede aquí? Pues estamos ante procesos internacionales que resuelven asuntos relacionados con derechos humanos. Por tanto, así como existe un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe o debe existir un «Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos».

Por cierto, entre uno y otro existen relaciones; así cuando la Corte Interamericana inaplica una ley local y esto debe ser acatado por el Estado. Y también puede darse la vía inversa: que a nivel local los jueces inapliquen una norma local por ser inconvencional y se respete esta decisión cuando llegue un caso a la Corte Interamericana que tenga relación con esa ley o sentencia.



Es evidente, pues, que la relación del derecho doméstico con el externo es fluida: no son compartimentos estancos sino canales de comunicación. Pero eso no impide hacer las precisiones metodológicas cuando ello sea necesario. Y advertir las dificultades de su relación.

## 10. Cómo enseñarlo

Aceptado lo anterior, nada impide que hagamos un ejercicio teórico, con un alcance meramente pedagógico. Y es lo siguiente: en el *pensum* que existe generalmente en los centros de estudios, hay cursos que se brinda a los alumnos que no tienen entidad propia, sino que responden a criterios de utilidad o pragmatismo de diversa laya o incluso de carácter formativo. El clásico curso de «Introducción al Derecho» sobre el cual existe infinidad de manuales en el mundo iberoamericano, tiene un propósito meramente pedagógico, pues en realidad no es una disciplina independiente ni con perfiles autonómicos como es el Derecho Civil o el Derecho Penal. Otro curso creado con fines igualmente pragmáticos es el llamado «Derecho Corporativo», término tomado del inglés y que está referido al conjunto de normas que regulan el mundo empresarial (mercantil, tributario, industrial, etc.) y que incluso ha dado a pié a la creación de maestrías en Derecho Corporativo. Existen otros incluso más circunscritos, que tienen solamente un fin curricular, como es el llamado «Derecho Marcario», o sea, el derecho de marcas que, como sabemos, bien puede estar dentro del Derecho Industrial o del Derecho Comercial. Y así sucesivamente.

Con ese mismo criterio pragmático, bien podría pensarse en un curso que se denomine «Derecho Convencional» dedicado expresamente a juntar y desarrollar el control convencional, tanto a nivel interno como externo. Y cuyo desarrollo merece un tratamiento aparte.

## 11. Conclusión preliminar

Es indudable que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericana ha demostrado su utilidad. Quizá más la Comisión, por ser más accesible, por su afán conciliatorio y por la búsqueda de arreglos entre las partes. Y esto en un continente en donde las violaciones de los derechos humanos son endémicas y los Estados parecen poco preocupados por ellos, o en todo caso, más urgidos por otros problemas que son más rentables a nivel electoral. Al fin y al cabo, para el político común y corriente el problema de los «derechos humanos» no está entre los temas urgentes de su agenda.

Pero eso no impide señalar las limitaciones existentes, sus excesos y sobre todo la presencia de actores que hacen de los derechos humanos —ante la ausencia de la sociedad civil— un negocio o una manera rápida de hacer política. Y muchas veces de política pedestre y ramplona. Y esto, lamentablemente no podrá revertirse de la noche a la mañana. Tomará tiempo. En última instancia, la gran responsabilidad recae sobre los Estados, que son precisamente el primer peldaño del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al cual deberían honrar y prestar las seguridades del caso. Al fin y al cabo, la Comisión y sobre todo la Corte deberían ser, en cierto sentido, residuales en relación con las acciones de los Estados. Y sobre todo más prudentes en su actuar, evitando los desaguisados que hemos visto en los últimos años.

Lima, febrero de 2015

Revisado en mayo de 2015

## Apéndices

### I. Bibliografía

Es inmensa sobre el tema y dispersa en revistas especializadas. Los que más se han dedicado al tema son, entre otros, Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez, Néstor P. Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Carlos Hitters, Víctor Bazán, que lamentablemente no siempre han reunido sus trabajos en libros o folletos. Nos limitamos a unas cuantas referencias:

- Albanese, Susana (coord.) (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Ayala Corao, Carlos (2012). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Castañeda Otsu, Susana Y. (2014). El control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana. En AA.VV. *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*, Susana Castañeda Otsu (coord.). Lima: Adrus Editores.
- Faúndez Ledesma, Héctor (1999). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) (2012). *El control difuso de convencionalidad*. Querétaro, México: FUNDAP.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013). *Panorama del Derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid: Edit. Marcial Pons-UNAM.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni A. Figueroa Mejía (coords.) (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal y UNAM, 2 tomos.
- Fix-Zamudio, Héctor (2010-2012). Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de Derechos Humanos. *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, 11.
- García Ramírez, Sergio (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: UNAM.
- García Ramírez, Sergio (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa.
- García Ramírez, Sergio (2014). Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales) Algunas cuestiones relevantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18 (con apuntes críticos). Madrid.
- García Belaunde, Domingo y José F. Palomino Manchego (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18.
- García Roca, Javier (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2do. semestre.

- González Pérez, Luis Raúl y Diego Valadés (coords.) (2013). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM.
- Gozaini, Osvaldo A. (2014). El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio, 21.
- Hernández Valle, Rubén (2011). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hitters, Juan Carlos (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? *Revista Peruana de Derecho Público*, 17.
- Hitters, Juan Carlos (2013). *Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana* en «Pensamiento Constitucional», 18.
- Hitters, Juan Carlos y Oscar Foppiano (2007-2011). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2da edic., 5 tomos. Buenos Aires: Ediar.
- Marinoni, Luiz Guilherme y Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013). Controle de Convencionalidad. Un panorama latino-americano. *Gazeta Jurídica-ABDPC*. Brasilia.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 135, sept.-dic.
- Ovalle Favela, José (2012). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 134, mayo-agosto.
- Peregrino Ferreira, Marcelo R. (2015). *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa. Direitos Políticos e Inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Remotti Carbonell, José Carlos (2004). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Barcelona: Instituto de Derecho Europeo.
- Rey Cantor, Ernesto (2008). *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Sagüés, Néstor P. (2010). *Dificultades operativas del «control de convencionalidad» en el sistema interamericano*, en «La Ley», 2010-D.;
- Sagüés, Néstor P. (2010). El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. En A. von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale comune?* México: UNAM, tomo II (la obra tiene varios y valiosos artículos sobre el tema).
- Serna de la Garza, José María (2012). *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM.
- Vítolo, Alfredo M. (2013). 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*, 18.

## II. Caso 11.836

Informe núm. 137/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (27 de diciembre de 1999) en la denuncia interpuesta contra Chile por la existencia en su Constitución de la figura de los «senadores designados».

En este caso, que sacamos a colación por su carácter lejano para una mejor comprensión y perspectiva, se vio de parte de la Comisión —si bien con un voto salvado— un criterio marcadamente político y con inequívoca intención partidaria. Se publica aquí un resumen, aparentemente oficial, pero que sintetiza el caso. El texto completo puede verse en el sitio web de la Comisión.

### I. A manera de introducción

Con fecha 9 de enero de 1998, un grupo de ciudadanos chilenos, interponen ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra la República de Chile, por la supuesta violación de los derechos políticos y del derecho a la igualdad, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en perjuicio de la sociedad chilena y de los propios denunciantes, en particular.

Los denunciantes, también llamados peticionarios, alegan que la figura del senador vitalicio (General Augusto Pinochet) y de los senadores designados, establecidos en el artículo 45 de la Constitución chilena, distorsiona la soberanía popular, las elecciones dejan de ser auténticas y se quebranta la esencia de la institucionalidad democrática representativa. Asimismo, los peticionarios alegan que «los senadores designados» constituyen una institución que viola el derecho a la igualdad del sufragio y la soberanía popular, y representa un obstáculo para la modificación de las instituciones no democráticas incorporadas en esa Constitución.

Sostienen que la figura de los senadores designados vulnera los artículos 23(1) (c) y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto consagran el derecho y oportunidad de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del Estado. Añaden que esa igualdad de derechos y oportunidades no se da en un sistema donde algunos de los elegidos para ocupar cargos en el Poder Legislativo, son designados exclusiva y excluyentemente, entre un grupo muy reducido de personas.

Por su parte, el Estado chileno cuestiona la naturaleza contenciosa de la denuncia, señalando además que ella se refiere a la situación política interna su país. Agrega que la existencia de aspectos políticos y jurídicos que son considerados obstáculos para el pleno desarrollo de la democracia, o de un concepto ideal de ella, no puede ser asimilada a hechos violatorios de derechos humanos.

Chile reitera que la denuncia da cuenta de una situación de naturaleza estrictamente política, que no le compete a la Comisión evaluar.

### II. Posición de las partes

#### 1. Los denunciantes o peticionarios

Los denunciantes alegan:

- a. Que la designación de senadores al margen del sufragio universal, viola en concepto de sufragio igual contenido en el artículo 23(1) (b) de la Convención, puesto

que los senadores designados, requieren para llegar al Senado la voluntad de un número muy reducido de personas.

b. Que la figura de los senadores designados quebranta el artículo 23(1) (c) de la Convención Americana, referido al derecho y oportunidad de tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del Estado.

c. Que la desigualdad en el valor del voto y en el acceso a los cargos públicos constituyen una abierta transgresión del artículo 24 de la Convención Americana, en cuanto señala que todas las personas son iguales ante la ley.

d. Que al designarse un 20% del Senado chileno por procedimientos corporativos y al margen del sufragio universal, se usurpa a la soberanía popular una proporción equivalente de poder natural, motivo por el cual las elecciones dejan de ser auténticas, transgrediéndose el artículo 23(1) (b) de la Convención Americana.

e. Que la incorporación en el Senado de Chile de una persona a título de ex-Presidente de la República, sin que para tal cargo hubiese sido elegido por el pueblo, constituye una violación de la prohibición de discriminación consagrada en la Convención.

## 2. El Estado

El Estado sostiene que:

a. No puede exigirse al actual Gobierno constitucional, que transgreda la institucionalidad heredada o que pretenda modificarla, por medios ajenos a esa misma legalidad.

b. En tres oportunidades, el Senado rechazó los proyectos del Ejecutivo destinados a suprimir la cuestionada institución de los senadores designados y vitalicios, y es imposible modificar la Constitución vigente por vías distintas, a las que la propia ley fundamental establece.

c. Esta denuncia no es de naturaleza contenciosa, y ella plantea aspectos relacionados con la situación política de Chile.

d. Las formas de consagración de los derechos políticos por los diferentes Estados partes de la Convención pueden diferir, pero no por ello se deben considerar como aspectos que merezcan un cuestionamiento de aquellas tradiciones democráticas.

e. Las presuntas violaciones alegadas por los denunciantes no le son imputables al Gobierno actual, y sobre ello no tienen responsabilidad alguna.

### **III. Análisis de fondo**

#### **A. La democracia representativa y los derechos humanos**

La Comisión ha expresado que la democracia representativa, es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. En el punto 35 del Informe se resalta que la relación entre la democracia representativa y la vigencia de los derechos humanos, ha sido reafirmada en varias

reuniones de consulta, conferencias interamericanas, protocolos adicionales y resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

A juicio de la Comisión, el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que el pueblo, es el titular de la soberanía política y en ejercicio de esta soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político.

En definitiva, la Comisión reitera que el ejercicio de los derechos políticos es un elemento esencial del régimen de la democracia representativa, lo cual supone, además, la vigencia de otros derechos humanos. Igualmente, implica la tutela de esos derechos civiles y políticos, en el marco de la democracia representativa, así como la existencia de un control institucional de los actos que ejercen los poderes del Estado y la supremacía de la ley.

B. La figura del senador vitalicio General Augusto Pinochet, los senadores designados y los principios de la democracia representativa

La Comisión considera que un verdadero sistema de democracia representativa es aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de sus gobernantes y que se le reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones.

En este caso, se denuncia que el establecimiento de un grupo de senadores, designados de entre listas de origen corporativo por determinados órganos del poder público, resulta violatorio del derecho a la participación política universal e igual.

Respecto al caso de los senadores vitalicios, si bien se puede afirmar que esta figura ha sido incorporada en algunos Estados miembros (v.g. en el artículo 148 de la Constitución venezolana de 1961 o el artículo 189 de la Constitución paraguaya), en Chile la figura de la senaduría vitalicia fue impuesta por un régimen de facto, lo que implicó la autodesignación del entonces Jefe de Estado de Chile, General Augusto Pinochet. Mientras en otros países americanos, la figura de la senaduría vitalicia se consagra solo para los Presidentes democráticamente elegidos, en Chile se ha aplicado para introducir en el Senado a un ex-Jefe de Estado que no fue electo mediante sufragio auténtico, libre, secreto y universal.

En el punto 67 del Informe, la Comisión señala que la figura de los senadores designados compromete la legitimidad misma del Estado de Derecho, al quitar al pueblo soberano la posibilidad de elegir un número significativo (20.83% hasta ahora) de sus representantes.

Agrega que la situación disminuye notablemente la posibilidad de que exista la representatividad necesaria entre el pueblo y sus representantes. Considera la Comisión que los efectos de la figura de los senadores designados, configuran en la práctica un enclave autoritario que ha evitado que culmine la transición a la plena democracia representativa. En el punto 70, la Comisión advierte sobre el efecto negativo que tiene la aplicación del sistema de enclaves autoritarios estipulado por la Constitución en el desenvolvimiento cotidiano de la democracia chilena, la cual ve disminuido su poder de reacción frente a los vestigios autocráticos, en contra de la verdadera voluntad del pueblo.

Considera la Comisión que el sistema de designación de senadores establecido en el artículo 45 de la Constitución chilena, afecta el núcleo esencial de la democracia representativa, al

privar al pueblo soberano y a las víctimas en el presente caso (peticionarios) de la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno.

La Comisión señala que sí tiene la facultad para examinar si los efectos de una medida adoptada por un Estado viola los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Agrega en el punto 75 del Informe, que es competente para investigar y determinar si los actos o preceptos jurídicos de un Estado son violatorios o no de los derechos de los sujetos protegidos por la Convención. Pese a ello, reconoce que no le compete diseñar modelos de cláusulas constitucionales que garanticen los derechos establecidos en la referida Convención. Precisa, ante todo, que lo que pretende es evitar que las normas del Estado, incluidas las constitucionales, se conviertan en un obstáculo insalvable para el sistema de protección de los derechos humanos.

Ello se traduce en la violación del derecho de votar por sufragio universal e igual consagrado en el artículo 23(1) (6), al señalarse que un reducido número de electores pueden elegir a los senadores designados. Asimismo, se produce la violación del derecho al sufragio activo e igual y el derecho al trato igual ante la ley, consagrados en los artículos 23(1) (b) y 24 de la Convención respectivamente, debido a que en la conformación del Senado chileno existen ciudadanos con el privilegio del doble voto preferencial: ciertos ciudadanos además de participar en las elecciones regionales para elegir mediante el sufragio universal a los senadores así electos, están facultados para elegir en forma unipersonal (caso del Presidente de la República) o como integrantes de un grupo muy reducido de personas a senadores que componen aproximadamente el 20% de dicho cuerpo.

También concluye la Comisión que, el derecho al sufragio pasivo (derecho a ser elegido por sufragio universal e igual) consagrado en el artículo 23(1) (a) (b) (c) ha sido violado en virtud del efecto de las disposiciones contenidas en el artículo 45 de la Constitución de Chile y su continuada aplicación.

La Comisión concluye en el punto 126 del Informe que la figura de los senadores designados y la figura del senador vitalicio, constituyen una vulneración de los derechos políticos de participación representativa sin discriminación, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención, en perjuicio de los ciudadanos chilenos identificados como víctimas en el caso, y del resto de la sociedad chilena.

En el punto 159 del Informe la Comisión reitera las conclusiones contenidas en el Informe 78/99 en el sentido que el Estado chileno, mediante el efecto del establecimiento de los llamados senadores designados y el senador vitalicio General Augusto Pinochet, establecidos en el artículo 45 de la Constitución chilena y su aplicación por las autoridades señaladas, ha vulnerado los derechos humanos de Andrés Aylwin Azócar, Jaime Castillo Velasco, Roberto Garretón Merino, Alejandro González Poblete, Alejandro Hales Jamarne, Jorge Mera Figueroa, Hernán Montealegre Klenner, Manuel Sanhueza Cruz, Eugenio Velasco Letelier, Adolfo Veloso Figueroa y Martita Woerner Tapia, víctimas en el presente caso, a la participación política y a la igualdad sin discriminación, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana; así como su obligación de adecuar su ordenamiento jurídico para cumplir con sus compromisos internacionales, a fin de garantizar los derechos establecidos por la Convención en su artículo 2.



#### IV. Recomendaciones

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda al Estado chileno, adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que se garantice plenamente a todos los ciudadanos chilenos, incluidas las víctimas en el presente caso, el ejercicio de su derecho a votar y a ser elegidos en condiciones generales de igualdad, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la composición del Senado de la República, como órgano legislativo bicameral de representación popular del Congreso de ese país.

##### Voto disidente del comisionado Roberto Kogod Goldman

A continuación se detalla los puntos más saltantes de su voto disidente:

- 1.- Señala que comparte los aspectos de la decisión de la mayoría, que se refieren a la noción de la democracia representativa como núcleo esencial y base fundamental sobre la cual descansa la protección y promoción de los derechos humanos en el Sistema Interamericano.
- 2.- Recuerda que la protección prevista por las normas del Sistema Interamericano ha sido concebida como un mecanismo subsidiario, conforme al cual la responsabilidad primaria en la protección de los derechos humanos recae sobre los Estados miembros.
- 3.- Señala que si bien el artículo 23 de la Convención, consagra el derecho a elegir y ser elegido y establece estándares de autenticidad, periodicidad, universalidad y secreto, a ser satisfechos por las normas electorales con el fin de asegurar la libre representación de la voluntad de los electores, esa norma no establece un tipo o modalidad electoral específica para la elección de los integrantes de la legislatura, tal como la representación proporcional o la mayoría mediante una o dos vueltas electorales. Agrega que a pesar que el artículo 23 descansa sobre el presupuesto de la existencia de una estructura de gobierno de carácter democrático y representativo, no define un modelo definitivo conforme al cual el Estado deba organizarse con el fin de institucionalizar la democracia representativa de manera ideal, y menos aún el modo en el cual deben distribuirse los escaños en el órgano legislativo.
- 4.- Considera que a menos que la estructura institucional establecida por el Estado impida de manera manifiestamente arbitraria, la expresión de la voluntad de los ciudadanos, la Comisión debe en principio evitar emitir juicios sobre su proximidad a un modelo ideal. Las cuestiones relativas a la conveniencia de ciertos modelos de participación política, encajan más propiamente dentro del mandato de la Comisión de promover los derechos humanos. Indica que en virtud de dicho mandato, la Comisión está facultada para recomendar la adopción de medidas específicas en sus informes especiales o sobre países, con el fin de mejorar y fortalecer dichos modelos. Sin embargo, agrega que la Comisión ha mostrado en el pasado cierto grado de deferencia en favor de los Estados partes, al interpretar el artículo 23, tal como sucedió, cuando se habilitó a Guatemala a establecer ciertas limitaciones al derecho a ser elegido, a la luz de contexto histórico en el cual fueron adoptadas.
- 5.- Agrega que no surge de los alegatos de los peticionarios en el presente caso, que se encuentren impedidos de votar o ser elegidos u obligados a participar en las elecciones en condiciones de desigualdad con el resto de los votantes o los candidatos al 80% de las

vacantes de la cámara alta, dentro del sistema bicameral que rige al Congreso chileno. Agrega que las alegaciones de los peticionarios se relacionan con la conveniencia de la asignación automática del 20% de los escaños en la cámara alta del órgano legislativo, conforme a ciertos criterios basados principalmente en la participación previa en la función pública.

6.- Añade que el arreglo previsto en la Constitución chilena, es comparable a aquel que rige en varios sistemas democráticos de este Hemisferio y otras regiones del mundo, y es el resultado de factores históricos, sociales o políticos, en su naturaleza.

7.- Considera que la Comisión debe evitar, en lo posible, asumir el papel de órgano supra-constituyente de los Estados, con el fin de «perfeccionar» su estructura política.

8.- Señala que es consciente de que el prominente rol de un ex-dictador contiene un alto valor simbólico que de por sí ha generado y continúa generando reacciones negativas, tanto en Chile como en el exterior. Sin embargo, señala, el reproche moral no puede por sí mismo justificar el que un órgano como la Comisión, interfiera con la prerrogativa en principio reservada a cada Estado, para diseñar su propio sistema de representación política, a menos que el sistema adoptado sea manifiestamente arbitrario.