

DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

ADMINISTRATIVE LAW AND CONTROL OF CONVENTIONALITY

Allan R. BREWER-CARÍAS**

RESUMEN: El control de convencionalidad que ha ejercido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus sentencias ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, es decir, el control que han ejercido y ejercen los tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución, sino con los derechos humanos. El control de convencionalidad, conceptualizado a partir de los años dos mil en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en realidad resultó que no era nuevo. Se ha realizado en dos vertientes: primero, en el ámbito internacional, por la CIDH desde el comienzo de su funcionamiento y, segundo, por los tribunales nacionales desde que la CADH entró en vigencia en los respectivos países.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad; Derecho Administrativo; derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ABSTRACT: The control of conventionality exercised by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in its judgments has had to confront the norms of the same with the provisions of domestic law, that is, the control exercised and exercised by the national courts when Judged the validity of the acts of the State, when confronted not only with the Constitution, but with human rights. Conventional control, conceptualized after the 2000s in relation to the American Convention on Human Rights (ACHR), actually turned out to be not new. It has been carried out in two areas: first, at the international level, by the IACHR since the beginning of its operation and, second, by the national courts since the ACHR entered into force in the respective countries.

KEYWORDS: Convention control; Administrative Law; Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights.

* Las ideas desarrolladas en este escrito fueron expuestas en la Conferencia que dictó su autor en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2015.

** Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Contacto: <abrewer@bblegal.com>.

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 12 de abril de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 268, Mayo-Agosto 2017

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunos antecedentes del control de convencionalidad en el ámbito interno*. III. *Algo sobre el marco conceptual del control de convencionalidad en el ámbito interno*. IV. *La tendencia del desplazamiento del ámbito del control de convencionalidad desde el Derecho constitucional hacia el Derecho administrativo*. V. *Apreciación final*.

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad,¹ a pesar de la notoriedad que ha adquirido, particularmente con motivo de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,² puede decirse que es tan viejo como la propia Convención, y se ha ve-

¹ Véase REY CANTOR, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128; ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional,” en FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 339-429; AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2013, pp. 113 ss. Véase además, SANTOFIMIO, Jaime Orlando, y BREWER-CARÍAS, Allan R., *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

² Véase en el mismo sentido, CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla pacheco,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAp, 2012, pp. 83-84.

nido aplicando pacíficamente desde su entrada en vigencia. En ese contexto es el control que usualmente ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ha juzgado las violaciones a la Convención por parte de Estados y ha ordenado a los mismos realizar correcciones de la inconvencionalidad, modificando la legislación para adecuar los preceptos legales a lo establecido en la Convención, habiendo incluso casos de órdenes de naturaleza constitucionales,³ para proceder a dejar sin efecto los actos Estatales lesivos, como sucedió en casos decididos por la Corte Interamericana respecto de Chile y Trinidad.⁴

Esta adecuación, como lo destacó la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

- i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁵

³ Véase SAGÜÉS, Néstor, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, 2009-B, p. 761; y Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 33-78; NOGUERA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 337.

⁴ Véase REY CANTOR, Ernesto, “Controles de convencionalidad de las leyes,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 412.

⁵ Véase la sentencia en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 (Párr. 180-181), en <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/>

Esta obligación de los Estados puede implicar incluso la de adaptar y modificar la propia Constitución como se decidió por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *La Última Tentación de Cristo* de 2001. En dicha sentencia, la Corte Interamericana entendió que “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, considerando que en dicho caso, dicha responsabilidad internacional del Estado chileno “se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”

Fue en virtud de ello, que además de declarar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y otros, decidió “que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.⁶

articulos/seriec_186_esp.pdf>. Véase el comentario en HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128.

⁶ Véase sentencia en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (Párr. 103.4), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Igualmente se destaca la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Caesar vs. Trinidad* de 11 de marzo de 2005. Véase en comentario en Ernesto Rey Cantor, “Controles de convencionalidad de las leyes,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... op. cit., pp. 412-413.

Otro ejemplo destacado en relación con reformas legales que debe mencionarse fue la sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005⁷ en la cual la Corte Interamericana, consideró que una norma (art. 201) del Código Penal de Guatemala que permitía la pena de muerte en determinadas circunstancias, infringía la prohibición de privación arbitraria de la vida establecida en el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención, razón por la cual ordenó al Estado guatemalteco que debía reformar el artículo 201 del Código Penal, que en la reforma el Estado “en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana,” y que mientras ello ocurría el Estado debía “abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente.”⁸

En sentido similar, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010,⁹ la Corte Interamericana al constatar que el Estado mexicano había violado el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana, ordenando al Estado “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la

⁷ Véase sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie CNo. 133, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf>

⁸ *Idem*, Párr. 132.

⁹ La Corte citó en apoyo las sentencias dictadas en los casos *Radilla Pacheco vs. México* de 23 de noviembre de 2009, (Párr. 341 y 342) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>; *Fernández Ortega y otros. vs. México*, (Párr. 238 y 239), y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 30 de agosto de 2012 (Párr. 221 y 222) en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf>.

materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.”¹⁰

Pero además del control de convencionalidad que ha ejercido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno,¹¹ ese también ha sido el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no sólo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto.

Y ello ha sido así, incluso, antes de que el Juez Sergio García Ramírez hubiese acertadamente acuñado la expresión de “control de convencionalidad,”¹² en su Voto razonado a la sentencia del caso

¹⁰ Véase sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 234), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>.

¹¹ Por ello, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha señalado que el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.” Véase su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 22), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. También ha dicho con razón que “el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana.” Véase en FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p.132.

¹² Como lo ha destacado Juan Carlos Hitters, “Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque

Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003,¹³ clarificando que dicho control de convencionalidad se efectúa a nivel internacional, por la Corte Interamericana (“control propio, original o externo de convencionalidad”), y en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales (“control interno de convencionalidad”);¹⁴ e igualmente, antes de que más recientemente, el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, haya distinguido el

desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.” Véase HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”... *op. cit.*, pp. 109-128.

¹³ Véase Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>, donde se refirió al “control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (Párr. 27). Véase el comentario del propio Sergio García Ramírez sobre dicho voto y la evolución de su aporte al desarrollo de la noción en Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 230 ss. Véase igualmente los comentarios a los criterios de García Ramírez en CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹⁴ Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, 2012, pp. 213. Algunos autores, sin embargo, niegan que existan estas dos vertientes en el control de convencionalidad, argumentando que el mismo está reservado a la Corte Interamericana, negando la posibilidad de que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo dicho control. CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* *op. cit.*, pp. 88 ss.

“control concentrado” de convencionalidad que ejerce la Corte Interamericana, en sede internacional, del “control difuso” de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, en sede interna.¹⁵

II. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

En efecto, el control de convencionalidad en el ámbito interno, en particular respecto de la Convención Americana, puede decirse que se ha venido realizándose desde su entrada en vigencia.

Ello ocurrió, por ejemplo, en Venezuela, antes de que se iniciara el régimen autoritario que a partir de 1999 asaltó y se apoderó del Estado, incluyendo el Tribunal Supremo de Justicia y todos los tribunales de la República; cuando los tribunales de instancia comenzaron a aplicar preferentemente la Convención Americana en relación con previsiones del derecho interno, conduciendo a la admisibilidad de la acción de amparo prevista en la Constitución de 1961 (art. 49), pero que conforme a una interpretación jurisprudencial restrictiva de la Corte Suprema de Justicia en 1970,¹⁶

¹⁵ Véase FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p.132.

¹⁶ La Corte dijo: “no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentada para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de hábeas corpus, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho

había quedado como una clausula programática que requería desarrollo legislativo, excepto en materia de *hábeas corpus*,¹⁷ lo cual incluso fue ratificado en 1972 mediante un Acuerdo de la misma Corte Suprema.¹⁸

Como en el mencionado Acuerdo no consideró que fuera indispensable que para que una acción de amparo pudiera ser interpuesta ante otros tribunals distintos a los penales fuera necesaria la sanción de una ley previa que regulara expresamente

en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder”. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1970 en Gaceta Oficial NÚM. 29.434 de 6 de febrero de 1971 pp. 219.984 y 219.985, y en Gaceta Forense, NÚM. 70, 1970, pp. 179 ss. Esta decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26 de abril de 1971 en Gaceta Oficial NÚM. 1.478, Extraordinaria de julio de 1971, p. 31; y por Acuerdo de 24 de ABRIL DE 1972 en Gaceta Oficial N° 29.788 de 25 de abril de 1972, p. 222.865. El criterio de la Corte había sido también el de la Procuraduría General de la República. Véase, Doctrina Procuraduría General de la República 1970. Caracas 1971, pp. 37 ss.. Incluso antes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11 de noviembre de 1970, en Gaceta Oficial NÚM. 1.447, Extraordinaria de diciembre de 1970, pp. 27 y 28, ya se vislumbra la interpretación que posteriormente se adoptaría: “A diferencia de otras situaciones en relación a las cuales el Congreso, aún no ha determinado por Ley, cuál es el juez competente y el procedimiento a seguir a fin de obtener amparo judicial (...)”.

¹⁷ Véase, “Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución” en Revista de la Facultad de Derecho, UCV, núm. 21, Caracas, 1961, p. 381.

¹⁸ En el “Acuerdo” de 24 de abril de 1972 conforme a las potestades reglamentarias que le otorgaba el artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema estimó que “la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *hábeas corpus* previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones” Véase el texto en Gaceta Oficial NÚM. 29.788 de 25 de abril de 1972. Véase, así mismo en la revista Ministerio Público, núm. 19, Caracas 1972, pp. 105-107.

la acción, fue precisamente después de que Venezuela ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1977¹⁹ (e igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1978, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978), que los tribunales de instancia comenzaran a ejercer el control de convencionalidad y a admitir acciones de amparo en virtud de la consagración en esos instrumentos internacionales (por ejemplo, el artículo 25.1 de la Convención Americana), del derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos.²⁰

Esta puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad que permitió, con base en las disposiciones de la Convención Americana, que se generalizara la admisión de las acciones de amparo aún sin que se hubiese dictado la ley que la regulara; interpretación que fue luego fuera acogida por la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la sentencia del caso *Andrés Velázquez* de 20 de octubre de 1983, en el cual se admitió la posibilidad del ejercicio de acciones de amparo para la protección de derechos distintos a los protegidos mediante el *hábeas corpus*, al considerar que el carácter programático del artículo 49 de la Constitución, había quedado superado “desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo.”²¹

¹⁹ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 31.256 de 14 de junio de 1977 y núm. 2.146 Extra, de 28 de enero de 1978.

²⁰ Véase por ejemplo la sentencia de instancia de 24 de noviembre de 1982 (Caso Rondalera), en René Molina Galicia, *El Amparo a Rondalera*, Caracas, Ediciones Síntesis Jurídica, 1984, p. 80.

²¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, núm. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, pp. 169 y 170. Véase el comentario sobre esta sentencia del Magistrado ponente del fallo, René De Sola, “El Recurso de Amparo en Venezuela” en *Revista SIC*, núm. 472, Caracas, febrero 1985, pp. 74 ss.

Años después, en 1988, mediante Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se reguló ampliamente la materia.²²

Igualmente en materia de la admisibilidad de la acción de amparo en ausencia de previsiones constitucionales y legales, mediante un control de convencionalidad y en aplicación directa de la Convención Americana, en 1999 se admitió la acción de amparo en la República Dominicana, donde hasta esa fecha no se había admitido por falta de reglas de procedimiento relativas al amparo. Se trató de la sentencia del caso *Productos Avon S.A* dictada por la Corte Suprema el 24 de febrero de 1999 dictada con motivo de un amparo ejercido contra una decisión judicial por violación de derechos laborales, que admitió la acción en ausencia de disposiciones constitucionales o legales sobre la misma, prescribiendo incluso las normas de procedimiento aplicables,²³ declarando para tal fin que

²² Véase Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales en Gaceta Oficial No 34060 de 27 de septiembre de 1988. Sobre esta Ley véanse los comentarios de Allan R Brewer-carías y Carlos Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo a los Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª, ed., Caracas 2007.

²³ El caso se desarrolló como sigue: 1. La empresa demandante alegó que la decisión judicial del tribunal laboral había violado su derecho a ser juzgado por el juez natural, a cuyo efecto solicitó a la Corte Suprema que: primero, declarara en su sentencia que el amparo debía considerarse como una institución dominicana de derecho público; y segundo, que la Corte Suprema, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial que le atribuye a la Corte el poder de resolver sobre el procedimiento aplicable en caso de que no exista uno legalmente prescrito, disponiendo las normas respectivas, que en consecuencia estableciera dichas normas en relación con los recursos de amparo. Adicionalmente, el recurrente solicitó a la Corte que dictara una medida cautelar suspendiendo los efectos de la sentencia laboral impugnada mientras durase el juicio de amparo. 2. La Corte Suprema, a los efectos de decidir, estableció el criterio que los tratados internacionales invocados por el recurrente, particularmente los artículos 8 y 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, eran parte del derecho interno de la República Dominicana, y tenían la finalidad de garantizar la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la indicada Convención, contra todo acto

el recurso de amparo previsto en el artículo 25,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3, de la Constitución de la República.²⁴

Esta sentencia de la Corte Suprema de la República Dominicana fue también un claro ejemplo de control de convencionalidad contra la omisión legislativa, admitiéndose la acción de amparo

violatorio de dichos derechos, cometido por cualquier persona actuando o no en el ejercicio de funciones públicas, por lo que incluso se admitía contra actuaciones de particulares. En este aspecto, la Corte Suprema resolvió que: “Contrariamente a como ha sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo, como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos, no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo está abierto a favor de toda persona contra actos que violes sus derechos fundamentales, “aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales”. Igualmente, la Corte resolvió que la vía del amparo: “Queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluido la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional. Del poder judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido. Véase en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, núm. 7, t. I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en BREWER-CARÍAS, Allan R., “La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal en la República Dominicana”, *Idem*, pp. 334 ss.; y en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 95-102.

²⁴ Véase en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, núm. 7, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 333

para la protección de los derechos humanos de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. La acción de amparo fue posteriormente regulada en la Ley de Amparo de 2006.

Las previsiones de la Convención sirvieron igualmente en el orden interno para la protección de otros derechos humanos, vía control de convencionalidad, supliendo las carencias del ordenamiento jurídico interno, como sucedió igualmente en Venezuela, en materia de participación política (...).²⁵

Así ocurrió, por ejemplo, en 1996, cuando la antigua Corte Suprema de Justicia, al decidir la acción popular de inconstitucionalidad que se había intentado contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas por no haberse respetado los derechos de participación política de las comunidades indígenas que debieron haber sido consultadas.

Resolvió que siendo dicho Estado de la federación venezolana mayormente poblado por dichas comunidades, la sanción de dicha Ley sin previamente haberse oído la opinión de las mismas, mediante consulta popular, significó la violación del derecho a la participación política, el cual aún cuando no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, fue considerado como inherente a la persona humana, como un “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática”, aplicando la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁶

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en VON BOGDANDY, Armin, *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2010, pp. 661-701.

²⁶ Véase sentencia de 5 de diciembre de 1996, caso: *Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros*, en *Revista de Derecho Público*, No. 67-68, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1996, pp. 176 ss. Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en VON BOGDANDY, Armin, *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do*

El derecho a la doble instancia o a la revisión judicial también fue objeto de protección mediante control de convencionalidad en diversos países. De nuevo fue el caso en Venezuela, en 1997, cuando la Corte Suprema de Venezuela anuló o previsiones de la Ley de Vagos y Maleantes, por violación de las garantías judiciales y al debido proceso, es decir, a un juicio justo, basándose en lo que denomino el “proceso de constitucionalización de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución”, aplicando “*ipso jure*, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional,” y admitiendo “la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales,” en particular las previsiones de los artículo 7 y 8 de la Convención Americana.²⁷ Se trata, sin duda, de otro ejemplo claro de control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción constitucional interna.

El mismo control de convencionalidad en el orden interno en relación con las garantías judiciales y en particular, por violación al derecho a la doble instancia, aplicándose el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ejerció

Sul... op. cit., pp. 661-701; AYALA CORAO, Carlos, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 180-181.

²⁷ Véase sentencia de 6 de noviembre de 1997, en *Revista de Derecho Público* No. 71-72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 177 y ss. Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en VON BOGDANDY, Armin, *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul... op. cit.*, pp. 661-701. AYALA CORAO, Carlos, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” en BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano... op. cit.*, pp. 181-182.

en Argentina, luego de habersele dado rango constitucional a la misma (artículo 75.22 de la Constitución de 1994). Ello llevó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a darle prevalencia a dicha previsión de la Convención en relación con el orden interno, en particular con el Código de Procedimiento Penal, que excluía el derecho de apelación respecto de algunas decisiones judiciales en razón de la cuantía de la pena.

La Corte Suprema de la Nación declaró la invalidez por inconstitucionalidad de dichas normas limitativas de la apelación, aplicando precisamente el artículo 8.1, inciso h) de la Convención Americana que garantiza, como se ha dicho, el derecho de apelar las decisiones judiciales por ante un tribunal superior”.²⁸

En Costa Rica también se dio aplicación al derecho convencional en esta materia del derecho a la doble instancia o revisión judicial, habiendo aplicado directamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos, con prevalencia sobre las leyes, considerando que las normas “legales que contradigan [un tratado] deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado”.²⁹

En esta forma, al considerar que el artículo 8.2 de la Convención Americana “reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo” la Sala consideró que el artículo 472 del Código de Procedimientos Penales que limitaban el ejercicio del recurso

²⁸ Sentencia de 04-04- 1995, Caso Giroldi, H.D. y otros. Véase en DE CAQRUCCI, Aida Kemelmajer y ABALOS DE MOSSO, María Gabriela, “Grandes líneas directrices de la jurisprudencia argentina sobre material constitucional durante el año 1995”, en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 1996*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 1996, pp. 517 y ss.; y en AYALA CORAO, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, núm. 6, Sucre, Bolivia, noviembre 2004, pp. 275 y ss.

²⁹ Sentencia 282-90, caso *violación del artículo 8.2 de la Convención Americana por el derogado artículo 472 del Código de Procedimientos Penales*. Consultada en original.

de casación debían tenerse “por no puestas” y entender “que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa panal por delito”.

La Sala Constitucional, en una sentencia posterior No. 719-90 declaró con lugar el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, anulándolo y considerando en consecuencia, como “no puestas las limitaciones al derecho a recurrir en casación a favor del imputado contra la sentencia penal por delito, establecidas en el artículo,” basándose para ello en lo que “impone la Convención Americana” en cuanto a la posibilidad de recurso ante un Tribunal Superior contra la sentencia penal por delito.

En esta misma materia del derecho a la doble instancia, también en Venezuela los tribunales nacionales aplicaron preferentemente la Convención Americana ejerciéndose el control de convencionalidad en relación con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que excluía la apelación contra determinadas decisiones adoptadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa. Como la Constitución de 1999 solo regulaba el derecho de apelación en materia de juicios penales a favor de la persona declarada culpable (art. 40,1); para proteger el derecho en materia contencioso administrativos, en algunos casos los tribunales contencioso administrativos, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, admitieron la apelación basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8.2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró como formando parte del derecho constitucional interno del país. El mismo control de convencionalidad se ejerció finalmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual en una decisión No. 87 del 13 de marzo de 2000,³⁰ mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad,

³⁰ Caso: C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia),

reconoció y declaró, dado el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos (art. 23),

que el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.³¹

III. ALGO SOBRE EL MARCO CONCEPTUAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO

De lo anterior resulta que en realidad, en esta materia, particularmente en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que es realmente novedoso fue la adopción generalizada de la denominación de “control de convencionalidad,”³² particularmente, como se dijo, por su utilización por el juez Sergio García Ramírez a partir de su voto razonado a la sentencia del

en *Revista de Derecho Público*, núm. 81, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 157 y ss.

³¹ *Ibidem*, p. 157.

³² Como lo ha destacado Juan Carlos Hitters, “Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.” Véase HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128.

caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003; así como la precisión de las dos vertientes en las cuales se ejerce el control de convencionalidad que el mismo juez García Ramírez precisó al año siguiente, en otro voto razonado, esta vez a la sentencia del caso *Caso Tibi vs. Ecuador* de 7 de diciembre de 2004, por la Corte Interamericana y por los tribunales nacionales,³³ con dos efectos jurídicos completamente distintos.

Nos interesa ahora referirnos al control de convencionalidad ejercido en el ámbito interno por los tribunales nacionales el cual, con los antecedentes mencionados, se ha intensificado en América Latina, en particular luego de la conceptualización definitiva del mismo elaborada por el mismo juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006.³⁴

Allí se elaboró el tema para identificar el control que ejercen dichos jueces nacionales cuando frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, le dan prevalencia a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias. Este control ocurre, igualmente cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno, para determinar el alcance de las normas de la Convención, las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana.

Dicho control de convencionalidad, además, particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de la constitucionalidad, los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no sólo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana.

Fue en la citada sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, en la cual la Corte Interamericana-

³³ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C núm. 114, párr. 4, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>.

³⁴ Véase sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros v Chile* de 26 de septiembre de 2006, en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>.

na, después de aceptar que “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico” de cada país, consideró que cuando los Estados respectivos han ratificado la Convención Americana, en virtud de que los jueces están sometidos a ella, eso los “obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.”³⁵

Partiendo de esa premisa, la Corte Interamericana concluyó con su conocida afirmación de que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,” agregando, incluso que en esa tarea “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”³⁶

Estos fueron los razonamientos fundamentales sobre el control de convencionalidad en el ámbito interno, en relación con la Convención Americana, pero que sin duda se aplican en relación con el control de convencionalidad de todos los otros tratados y convenciones internacionales ratificados por los países y que forman parte del ordenamiento jurídico interno. Los mismos, aun cuando no tengan rango constitucional como sucede en muchos países, entre ellos en Venezuela y Costa Rica; sí tienen o rango legal, como es el caso de la mayoría de los países, o rango supra-legal y sub-constitucional como es el caso de Costa Rica y que imponen su aplicación en el orden interno de acuerdo con los prin-

³⁵ *Idem*, Párr.124.

³⁶ Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana precisó que dicho control “tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.” *Idem*, párr. 125.

cipios que rigen la interpretación de las fuentes, sea del bloque de constitucionalidad o del bloque de legalidad.

Como antes se dijo, el desarrollo del control de convencionalidad del orden normativo interno realizado por los jueces nacionales, fue lo que permitió que encontrara su definición conceptual expresa, primero, en la sentencia antes mencionada de la Corte Interamericana, dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, cuyo contenido ha sido reiterado en otras decisiones posteriores como por ejemplo, las dictadas en los casos;³⁷ y luego, en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 2006, en la cual se puntualizó la lógica del control de convencionalidad, al decidir la Corte Interamericana que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin;”. Agregando que en esos casos: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención

³⁷ Véase por ejemplo, las sentencias en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006; *La Cantuta vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006 (Párr. 173); *Boyce y otros vs. Barbados* de 20 de noviembre de 2007 (Párr. 78); *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes v. Guatemala* de 9 de mayo de 2008, (Párr. 63); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008 (Párr. 180); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* de 23 de noviembre de 2009 (Párr. 339); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* de 26 de mayo de 2010 (Párr. 208, nota 307); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 24 de agosto de 2010; *Fernández Ortega y Otros vs. México* 30 de agosto de 2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* de 31 de agosto de 2010 (Párr. 219); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* de 1º de septiembre de 2010 (Párr. 202); *Vélez Loor vs. Panamá* de 23 de noviembre de 2010 (Párr. 287); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* de 24 de noviembre de 2010 (Párr. 106), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 225).

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.”³⁸

De acuerdo con estas definiciones conceptuales, el control de convencionalidad se concibe en el orden interno como una tarea asignada básicamente al “Poder Judicial” en general y no solo de un único tribunal, es decir, a los “jueces y tribunales internos” sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país, siendo este quizás el dato de mayor interés a retener de dicha definición por las repercusiones que conlleva.

Como lo dijo con toda precisión el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en su Voto razonado al caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010, el control de convencionalidad en el ámbito interno “convierte al juez nacional en juez internacional: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana (...) Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional.”³⁹

Por ello, como también lo expresó Ferrer Mac Gregor en su voto razonado al mismo caso:

³⁸ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>.

³⁹ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 24), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Véase en igual sentido, FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p.141. Véase SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 428.

no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos 32, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, 33 de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.⁴⁰

Esto significa entonces que conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad corresponde ser ejercido en el ámbito interno por todos los jueces y tribunales, sin distingo, y no por un solo tribunal, lo que implica:

En *primer lugar*, que se ejerce en las Jurisdicciones Constitucionales. Es decir, por una parte, por todos los Tribunales Constitucionales donde estos existan, estén estos ubicados dentro del Poder Judicial (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, República Dominicana) o fuera del mismo (Chile, Perú), e independientemente de que ejerzan el control concentrado de constitucionalidad en forma exclusiva (Bolivia, Chile,) o combinado con el método difuso (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana); y por la otra, a las Cortes Supremas de Justicia

⁴⁰ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 20, 23), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf> . En el mismo voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor agregó que “la doctrina del “control difuso de convencionalidad” establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho “control” con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.” *Ídem*, Párr. 33. Véase igualmente en Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 139.

cuando estén configuradas como tal Jurisdicción Constitucional, sea que ejerzan el control concentrado a través de una Sala Constitucional (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Venezuela) o en Pleno (Brasil, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay), e independientemente de que ejerzan dicho control de constitucionalidad concentrado en forma exclusiva (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay) o combinado con el método difuso (Venezuela, Nicaragua).

En *segundo lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales (incluyendo las Cortes Supremas) que en el orden interno ejerzan un control difuso de la constitucionalidad, sea que se trate de la única forma de control de constitucionalidad existente en el país (Argentina) o que lo ejerzan en forma combinada con el método concentrado (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela).

Y en *tercer lugar*, que corresponde a todos los jueces y tribunales aún cuando en el orden interno no tengan asignado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad (Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Honduras, Paraguay, Uruguay), pues en definitiva, si bien se pueden establecer semejanzas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad,⁴¹ se trata de dos procesos distintos, de manera que en ningún caso se puede considerar al control de convencionalidad como un control de constitucionalidad, particularmente porque cuando se ejerce en el orden interno, su fuente no se encuentra en la Constitución de los respectivos países, sino en la Convención Americana como integrante que es del bloque de la constitucionalidad o en los demás tratados y convenios como integrantes del bloque de la legalidad.

Incluso, en casos como el de Costa Rica, en los cuales la Jurisdicción Constitucional, en este caso, la Sala Constitucional del Juez Constitucional tiene competencia para decidir sobre la con-

⁴¹ Véase CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 337.

formidad del orden legal interno con los Tratados internacionales, ello en mi criterio no está establecido en términos absolutos, sino en los términos limitados previstos en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que asigna competencia específica a la Sala Constitucional para “ejercer el control de la constitucionalidad [de] la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, *mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.*”

Lo que significa, en mi criterio, que la Sala Constitucional en materia de conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, solo tiene el monopolio del control si el mismo se ejerce mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad, lo que no excluye la posibilidad de que los jueces en general puedan realizar ese control difuso que dé conformidad al ordenamiento interno con el derecho convencional, siempre que no sea mediante la acción de inconstitucionalidad, el cual sólo corresponde conocer a la Sala.

En todo caso, un punto de interés a destacar en esta materia es que el desarrollo del control de convencionalidad en la doctrina establecida por la Corte Interamericana, no supedita ni puede supeditar dicho control a la existencia de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haberse desarrollado en cada país.

Por ello consideramos, por ejemplo, que en los países en los cuales no existe un control difuso de la constitucionalidad, nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplica directamente las previsiones de la Convención Americana, no puedan ejercer el control difuso de convencionalidad. Es el caso, por ejemplo, además de Costa Rica, de los países en los cuales existen sistemas de justicia constitucional exclusivamente concentrados (Bolivia, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay), donde además de que las previsiones de la Convención Americana formen parte del bloque de constitucionalidad, las mismas obligan a todos los jueces y tribunales nacionales, siendo de aplicación directa por parte de todos ellos.

Sin embargo, en esos casos, la doctrina no es pacífica. Por ejemplo, en relación con Chile, a pesar de coincidir en que el control de convencionalidad es distinto al control de constitucionalidad, Humberto Noguera Alcalá, en definitiva hace depender uno de otro y considera que en dicho país, el control de convencionalidad sólo lo puede ejercer el órgano que ejerce el control de constitucionalidad que en ese caso es de carácter concentrado, que es el Tribunal Constitucional.⁴²

Al contrario, Néstor Pedro Sagües considera que todos los jueces en el ámbito interno deben ejercer el control de convencionalidad “que aunque no se encuentre habilitado para declarar la inconstitucionalidad, *v.gr.*, a una regla del Código Civil, de todos modos tiene, en el máximo esfuerzo posible, que modularla y hacerla operar conforme y no contra, a la Constitución local.”⁴³

Pero el tema no es exclusivamente del bloque de constitucionalidad, sino que el control de convencionalidad igualmente existe en todos los casos en los cuales las convenciones o tratados formen parte del bloque de legalidad, en cuyo caso los jueces deben ejercer dicho control en forma difusa.

En efecto, cuando afirmamos que todos los jueces nacionales tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, independientemente del sistema de justicia constitucional que exista en el país, tienen el deber de aplicar, no solo la Convención Americana, sino más importante, los tratados y convenios internacionales que formen parte del derecho interno, ejerciendo el

⁴² Véase NOGUERA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 354, 363.

⁴³ Véase SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, p. 426.

control difuso de convencionalidad, lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que deban aplicar para resolver un caso concreto y las normas de la Convención Americana, y de cualquiera otros tratados y convenciones, deben dar preferencia a éstas y si fuere el caso, desaplicar las normas de derecho interno contrarias a las convenciones.

Dicho control de convencionalidad que los jueces deben ejercer, por supuesto, lo deben realizar, como lo precisó la Corte Interamericana, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.” Ello es, de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello tenga ningún condicionante la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad, que es otra cosa.

Por tanto, no estamos de acuerdo con que en materia de control de convencionalidad, específicamente en relación con la Convención Americana, se pueda afirmar, como lo hizo por ejemplo la Suprema Corte de México en sentencias de diciembre de 2011, que el ejercicio de este control difuso de convencionalidad “deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país” o que “debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente.”⁴⁴

La afirmación, por supuesto, no tiene mayores consecuencias si sólo se atiende a la situación en México, pues el sistema de justicia constitucional ha evolucionado hacia un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad que existe en el presente,

⁴⁴ Véase las sentencias en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Control difuso de convencionalidad en México,” en BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 209- 210. Véase igualmente las referencias en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 41, 80.

en el cual coexiste el control concentrado que ejerce la Suprema Corte con el control difuso que ejercen los tribunales en general.

Sin embargo, una afirmación como la mencionada sí tendría consecuencias en países como Panamá, Costa Rica o Chile, donde sólo existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad que ejerce en exclusiva la Corte Suprema o Sala Constitucional y no existe en la práctica el control difuso de constitucionalidad,⁴⁵ lo que podría llevar a la conclusión que los jueces en general no podrían ejercer el control de convencionalidad en relación con la Convención Americana.⁴⁶

Lamentablemente esta fue, por ejemplo, la conclusión a la que en relación con Panamá llegó el magistrado Jerónimo Mejía Edwards de la Corte Suprema de ese país, al indicar también que el control de convencionalidad en el ámbito interno debe ejercerse “a la luz del sistema de constitucionalidad previsto en el país”⁴⁷ o “a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado,”⁴⁸ concluyendo que tratándose en el caso de Panamá de un sistema completamente concentrado de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad solo puede ejercerse “a través de esos

⁴⁵ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado,” en Revista *Novum Ius*, edición núm. 15º, Editada por los Miembros de la Asociación Nueva Generación Jurídica publicación estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2010, pp. 130-168

⁴⁶ Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, Véase NOGUERA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 354, 363.

⁴⁷ Véase MEJÍA EDWARDS, Jerónimo, “Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá,” en BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Panamá, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, 2012, pp. p. 258

⁴⁸ *Ibidem*, p. 261.

mecanismos que se efectúa el control de constitucionalidad” pudiendo los jueces en caso de encontrar una incompatibilidad entre una ley y la Convención Americana, solamente elevar la consulta respectiva ante la Corte Suprema de Justicia para que sea ésta la que ejerza el control de convencionalidad.⁴⁹

En estos casos de países en los cuales no existe control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la misma línea, el propio juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* de 26 de noviembre de 2010, estimó se trata de un control que llamó como de “menor intensidad”, quedando limitado el juez, en esos casos, a solo producir “interpretaciones conformes” a la Convención, sin poder decidir sobre la inaplicabilidad de normas cuando son inconventionales.⁵⁰

El razonamiento del juez Ferrer Mac Gregor parte de la interpretación de la frase de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según la cual el control de convencionalidad que deben ejercer todos los jueces de oficio, lo deben realizar “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulacio-

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 261-263.

⁵⁰ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 37), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf> El mismo juez Ferrer Mac Gregor ha agregado: “En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional (Párr. 39), *Ídem*. Véase igualmente en FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 110, 123, 147, 148.

nes procesales correspondientes”⁵¹ considerando, sin embargo, que la misma no puede interpretarse como “limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad,” sino como una manera de “graduar” la intensidad del mismo;⁵² concluye entonces con su apreciación de que “el grado de intensidad del ‘control difuso de convencionalidad’ disminuye en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto.”⁵³

Estimamos, al contrario, y esta es mi tesis central, que en relación con este control difuso de convencionalidad que ha definido la jurisprudencia de la Corte Interamericana para ser ejercido en el ámbito interno, “implica que todos los jueces, sin distinción, pueden ejercerlo,”⁵⁴ independientemente de que el sistema de jus-

⁵¹ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 39), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Véase igualmente en FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*... *op. cit.*, pp. 147, 151. Véase también NASH ROJAS, Claudio, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011... op. cit.*, p. 65.

⁵² Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, Voto razonado a la sentencia caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010 (Párr. 35), en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>.

⁵³ *Ibidem*, párr. 37. Véase también ORDÓÑEZ REYNA, Aylin, “Apuntes a Él control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas” de Víctor Bazán, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011... op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Véase MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (coord.), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá, 2012, p 201.

ticia constitucional no admita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.⁵⁵

Es sin duda útil hacer la comparación entre el sistema de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, como lo hizo en su momento el juez García Ramírez, pero en mi criterio, el ser distintos ambos controles,⁵⁶ ello no autoriza a hacer depender el funcionamiento del último respecto de lo que se establezca en el primero.

Por otra parte, de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana, ese control difuso de convencionalidad lo deben ejercer todos los jueces, sin distinción, *de oficio*, lo que siempre ocurre, por supuesto, en el curso de un proceso que ha sido iniciado a instancia de parte.

Sobre ello, el magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica ha considerado que con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú*,⁵⁷ se produjo

una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto, ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque

⁵⁵ Véase las dudas y discusión sobre esta posibilidad de que todos los jueces ejerzan en el ámbito interno el control de convencionalidad aún cuando el sistema de control de constitucionalidad adoptado no los autorice a ejercer el control difuso de constitucionalidad, en ORDÓÑEZ REYNA, Aylín, “Apuntes a ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas’ de Víctor Bazán, en Víctor Bazan y Claudio Nash (Editores), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 75, 76, 81.

⁵⁶ Véase NASH ROJAS, Claudio, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011... op. cit.*, p. 65.

⁵⁷ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de de 24 de noviembre de 2006, párr. 128, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>

no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local.⁵⁸

De ello concluyó el magistrado Jinesta que

en el Derecho Procesal Constitucional se da un salto parcial, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los Tribunales y Salas, so pena de hacer incurrir al Estado respectivo en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas.⁵⁹

Sin embargo, en realidad la competencia de las Jurisdicciones Constitucionales para poder conocer de oficio, en el curso de un proceso ya incoado por una parte, de vicios de inconstitucionalidad no denunciados, o de los jueces de ejercer de oficio el control difuso de inconstitucionalidad no es nada nuevo en América Latina, habiendo sido consagrado en muchos casos legalmente.⁶⁰ Por lo demás, la referencia que hizo en este sentido la Corte Interamericana en las sentencias citadas sobre este control de convencionalidad de oficio, en nuestro criterio no elimina el principio

⁵⁸ Véase JINESTA L., Ernesto “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales,” en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad 2011... op. cit.*, p. 278.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Véase por ejemplo, BREWER-CARÍAS, Allan R., “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, Santiago, Universidad de Talca, 2006, pp. 221-250. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 129-159.

dispositivo que rige los procesos judiciales, significando que la actuación de oficio para ejercer el control de convencionalidad se tiene que producir siempre en el curso de un proceso iniciado a instancia de parte, aún cuando las partes no lo hayan planteado la cuestión de convencionalidad.

El tema, en todo caso, lo que plantea hacia el futuro como tema de discusión en esta materia, es la posibilidad o el deber de los tribunales nacionales de ejercer de oficio el control de convencionalidad, cuando en los procesos por violación de derechos de la Convención Americana de los cuales esté conociendo, evidencie *motu proprio* la existencia de violaciones respecto de otros derechos de la Convención aún cuando no hayan sido denunciadas por la víctima, y que resulten de las actas del expediente.

IV. LA TENDENCIA DEL DESPLAZAMIENTO DEL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL HACIA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Pero lo importante a destacar de todo este proceso de desarrollo conceptual del control de convencionalidad, es que el mismo, definitivamente ya ha escapado del cerco que el derecho constitucional le había montado, particularmente como consecuencia de la tendencia de hacer el paralelismo entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad, y que en mi criterio debe considerarse como superado.

Ese paralelismo pudo tener cierta base por el rango constitucional que en el orden interno tiene la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales, que pasaron, en casi todos nuestros países, a formar parte del bloque de la constitucionalidad, lo que “acercaba” entonces el control de convencionalidad al control de constitucionalidad.

Sin embargo, aplicado el marco conceptual del control de convencionalidad al universo de las otras convenciones y tratados internacionales sobre materias distintas a los derechos humanos, que se han venido incorporando en el orden interno de acuerdo a los mecanismos establecidos en las Constituciones, formando parte en general del bloque de la legalidad, el control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican las normas de la mayoría de las normas de los tratados y convenciones internacionales, como los que se refieren a la protección del medio ambiente; a las relaciones comerciales; a la lucha contra la corrupción; al régimen multilateral de servicios públicos, como los de salud, de transporte, de navegación, de correos; al uso de espectro radioeléctrico, y tantos otros.

En todos esos casos, y en relación con las competencias de los jueces nacionales, también tenemos que conceptualizar las modalidades de ejercicio de sus poderes de control de convencionalidad, en estos casos, sin embargo, conforme al bloque de legalidad, en la forma en la cual en el mismo se integren los tratados y convenios internacionales, sea con rango supra-legal o con rango legal.⁶¹

Si los tratados, convenciones o convenios internacionales tienen rango supra-legal pero sub-constitucional, como sucede en Costa Rica, el juez nacional está en la obligación de dar preferen-

⁶¹ Sobre el rango de los tratados internacionales en el derecho interno véase: PIZA ESCALANTE, Rodolfo E., *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; AYALA CORAO, Carlos, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, vol. II, 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 39, 2004, pp. 71 y ss. Véase también, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Internacional de Derechos Humanos, 2004, pp.62 y ss.

cia a las normas internacionales en relación con las normas legales internas.

En este caso, este sería el ámbito del control de convencionalidad que en general todos los jueces nacionales realizan cuando al resolver un asunto, constatan que el derecho que lo rige no solo está regulado en normas nacionales sino en tratados y convenciones internacionales, en cuyo caso, todos los jueces nacionales ejercen, aun cuando no lo concienticen, un control difuso de convencionalidad. Ello es lo que resulta o debe resultar del principio *iura novit curia*, conforme al cual el juez se presume que conoce el derecho que está llamado a aplicar, siendo él, el único responsable en determinar cuál es la ley o norma que es aplicable al caso concreto que debe resolver, independiente de las argumentaciones de las partes.

Ello, incluso, es lo que resulta con toda precisión en el caso de los jueces contencioso administrativos, en todo lo que se refiera a la aplicación de la Ley General de la Administración Pública y de normas del ordenamiento jurídico administrativo, conforme al principio de las fuentes del mismo que conforme al artículo 6 de dicha Ley General, se deben sujetar a un determinado y obligatorio orden que ubica a la Constitución en la cúspide, seguida de “los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana,” a los cuales siguen “las leyes y demás actos con valor de ley,” y a continuación, los reglamentos, los decretos ejecutivos y demás normas subordinadas a los mismos.⁶² De esta norma de la Ley General, sin duda, se confirma, en el campo del derecho administrativo, los poderes de control difuso de la convenciona-

⁶² Véase sobre la importancia de esta enumeración y del orden de las fuentes del derecho administrativo, los comentarios que en su momento hicimos en BREWER-CARÍAS, Allan R., “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XLVIII, Bruselas, Institut International des Sciences Administratives, 1982, núm. 1, pp. 47-58.

lidad que el bloque de legalidad que están obligados a aplicar, les impone en la resolución de los asuntos de su competencia.

Y si los tratados o convenciones internacionales solo tienen rango legal, como sucede en la mayoría de los países, igualmente el juez nacional, en la aplicación del bloque de legalidad, deberá ejercer el control difuso de convencionalidad aplicando en el caso concreto los tratados internacionales y las leyes que rigen el caso concreto, conforme a las técnicas comunes interpretativas y de aplicación de las leyes, por ejemplo los que derivan de la relación entre la ley especial y la ley general y entre la ley posterior y la ley anterior.

De nuevo ese es, en este caso, el ámbito del ejercicio del control de convencionalidad, cuando éste se ha desplazado en la sustancia, del marco del derecho constitucional donde fue conceptualizado por la aplicación de tratados internacionales con rango constitucional como son los relativos a los derechos humanos, hacia el marco del derecho administrativo donde los tratados que lo rigen tienen rango supra-legal pero sub-constitucional, en cuyo caso corresponde ser ejercido claramente por todos los jueces nacionales, en particular los contencioso administrativos, incluso de oficio, en todos los casos en los cuales para la resolución de los casos concretos de derecho administrativo que tengan a su cargo, tengan que aplicar tratados o convenios internacionales; todo ello, conforme a los principios que rigen en la aplicación del bloque de legalidad.

Otro plano adicional del asunto, por supuesto, que interesa particularmente al derecho administrativo, es el que se refiere a la aplicación del bloque de la legalidad, conforme a la jerarquía u orden de las fuentes, por parte de los funcionarios públicos en el seno de las actuaciones administrativas. Éstos están obligados, en respeto del principio de legalidad, a aplicar el derecho en los casos que decidan, y en particular, no solo lo dispuesto en las leyes y reglamentos aplicables, sino en los tratados o convenios internacionales conforme a la jerarquía supra-legal que tengan en países como Costa Rica, conforme al artículo 6 de la Ley General de la

Administración Pública; o al rango legal de los mismos que tienen en otros países.

Los funcionarios públicos competentes, por supuesto, al dictar los actos administrativos correspondientes en esos casos, estando sujetos al principio de legalidad, están obligados a aplicar el ordenamiento jurídico administrativo conforme al orden o jerarquía que tengan las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, y en ese contexto, les corresponde interpretar cuál ley es la aplicable en el caso concreto, y en caso de existencia de convenios o tratados internacionales que rijan la materia, determinar si los mismos prevalecen o no sobre las normas internas, conforme a las técnicas interpretativas que ofrece el bloque de legalidad.

En este sentido es que podría decirse que los funcionarios administrativos también ejercen un control de convencionalidad, estando su actuación, en todo caso, sujeta al control de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuyos casos, igualmente, los jueces competentes de la misma, al decidir sobre la impugnación de los actos administrativos dictados, en la misma forma, también están obligados a ejercer el control de convencionalidad.

V. APRECIACIÓN FINAL

De todo lo anteriormente expuesto podemos entonces concluir, que el control de convencionalidad, conceptualizado a partir de los años dos mil en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, en realidad resultó que no era nada nuevo, pues el mismo es el que se había venido realizando en sus dos vertientes: primero, en el ámbito internacional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el comienzo de su funcionamiento; y segundo, en el ámbito de los derechos internos, por los tribunales nacionales desde que la Convención entró en vigencia en los respectivos países, como lo demuestran todos los

casos en los cuales una y otros debieron confrontar las normas de la Convención que en general han tenido rango constitucional en el derecho interno, con las normas internas de los diversos países.

En este contexto del rango constitucional que la Convención Americana y de los derechos humanos en ella consagrados han tenido en el derecho interno, en la conceptualización inicial del control de convencionalidad, particularmente por haber el derecho constitucional acaparado el tema del control de convencionalidad, se comenzó a establecer un incorrecto paralelismo y más aún, una cierta dependencia entre el control de convencionalidad y el sistema de control de constitucionalidad que existía en los diversos países. Ello, en mi criterio, en lugar de clarificar conceptualmente el control de convencionalidad, lo ha desdibujado, pues este es completamente independiente del sistema de control de constitucionalidad que pueda existir en determinado país.

Ello implica que en países en los cuales no exista un control difuso de constitucionalidad de las leyes, sí puede y debe ejercerse un control de convencionalidad por todos los tribunales nacionales en relación con los Convenios internacionales incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, potestad que no puede estar conceptualmente reservada a un solo Tribunal o Corte Suprema o Sala de la misma.

Ese control de convencionalidad, por otra parte, como control difuso, puede y debe ejercerse de oficio, sin necesidad de que haya un argumento o excepción de parte, lo que es particularmente claro si se toma en cuenta la ruptura del cerco que el derecho constitucional le había tendido al control de convencionalidad, y del cual se ha escapado por fuerza de la vigencia del derecho administrativo. Éste ahora reclama de los jueces nacionales en general, y en particular, de los jueces contencioso administrativo, que ejerzan igualmente el control de convencionalidad en la aplicación de tratados y convenios internacionales, en el marco de las reglas que rigen el bloque de la legalidad.

Esta competencia y poder de control de convencionalidad también corresponde ser ejercida por los funcionarios adminis-

trativos en sede de la Administración, cuando el asunto que deban decidir esté regulado, además de por leyes, por tratados y convenios internacionales; en cuyo caso, por supuesto están sujetos al control de legalidad por parte de los tribunales contencioso administrativo.