

Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad¹

Challenges of constitutional procedural law regarding the control of conventionality

Nestor Sagües²

Universidad de Buenos Aires, Argentina
npsagues@gmail.com

Resumen

El artículo tiene la intención de abordar algunos de los problemas más actuales que enfrenta el derecho procesal constitucional. Especial énfasis se dará al “control de convencionalidad” ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular acerca de la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre.

Palabras clave: proceso constitucional, integración regional, protección de los derechos humanos.

Abstract

This article intends to address some of the new issues facing constitutional procedural law. Special emphasis will be given to the “conventionality control” exercised by the Inter-American Court of Human Rights, particularly the implementation of the Pact of San José, Costa Rica and of the American Convention on Human Rights.

Key words: Constitutional process, regional integration, human rights protection.

Introducción

El propósito de este artículo es alertar sobre nuevas cuestiones que se presentan para el derecho procesal constitucional, a raíz de la vigencia del “control de convencionalidad” auspiciado particularmente en nuestra región por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

también con específica aplicación al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre (Sagües, 2010a, p. 449 y ss.).

En particular, el tema –que es amplio– lo condensaremos solamente en dos asuntos: los vínculos entre el control local de constitucionalidad y el control regional de convencionalidad; y el respeto de un significativo

¹ El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

² Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Av. Figueroa Alcorta, 2263. Buenos Aires, Argentina.

principio constitucional-procesal, vigente en cada Estado, en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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

El control de constitucionalidad

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

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

(a) un *rol saneador*, o *exclutorio*, preventivo o reparador según los diferentes sistemas (Sagües, 2004a, p. 27 y ss., 2004b, p. 442 y ss.), tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional al que hagamos referencia, a *inaprobar*, *inaplicar* o *abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional violatoria de la constitución. Este trabajo se consume por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o *desconcentrados*) o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o *concentrado*, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).

(b) Un *rol constructivo*, o *positivo*, con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que hagamos referencia, pero que en todo caso procura un “reciclaje” del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v. gr., la doctrina de la “interpretación conforme” de dicho derecho infraconstitucional, “de acuerdo” o “de conformidad” con la constitución (ello obliga, cuando

se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla opuestas a la constitución); y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución³; (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones*), para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de “rescate” anima a las “sentencias moduladoras” o “atípicas” (también llamadas “manipulativas”), merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución*. Ello implica que un precepto del código civil, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) “civilista”, sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista*. Lo dicho empalma con la noción de la “constitución invasora”, o la constitución “que está en todas partes”.⁴

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales*. Conviene aclarar esta afirmación: ningún juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla según la Constitución. Claro está que si advierte —a través de dicho “enfoque constitucionalista”— que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión “constructiva” del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v. gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incum-

³ Respecto de la “interpretación conforme” de la ley con la constitución y la producción, algunas veces nomogenética en tal quehacer, de los tribunales constitucionales, ver Díaz Revorio (2003, p. 31 y ss.).

⁴ Sobre la “constitución invasora”, ver Comanducci (2005, p. 83). Respecto de las sentencias atípicas, derivamos a Sagües (2006, p. 73 y ss.).

plen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario*, aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogenéticos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por *Marbury vs. Madison*, o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo (Sagües, 2010b, p. 573 y ss.).

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las “sentencias exhortativas” el juez constitucional apura sus funciones nomogenéticas, invitando (o intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales⁵. Es un trabajo de purificación constitucional del derecho vigente, a fin de corregir ciertas reglas subconstitucionales en trance de colisionar con la constitución, o ante el vacío por la declaración de inconstitucionalidad de leyes inconstitucionales. También, llegado el caso, para atender algunas situaciones de inconstitucionalidad por omisión; y en otros, como anticipamos, pero raramente, para revisar el texto de la constitución.

El control de convencionalidad

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

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

A partir del caso *Almonacid Arellano*, en 2006, pronto reforzado por *Trabajadores Cesados del Congreso*,

del mismo año, la Corte Interamericana modificó su tesis clásica y requirió que los jueces nacionales también realizaran, por sí mismos, control de convencionalidad. Estos jueces se convirtieron, de tal modo, y de manera nítida, en jueces del sistema interamericano de derechos humanos. En 2009, en *Radilla Pacheco*, amplió el radio de acción del instituto, incorporando su dimensión “constructiva”. En una docena de casos, lo ha reafirmado explícitamente. La Corte actuó *per se*, sin requerir la voluntad de los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, decisión que ha despertado profundas críticas (ver Fuentes Torrijo, 2010).

La Corte fundamentó su aptitud jurídica para exigir tal control de convencionalidad a los jueces domésticos en los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda*, de la *bona fide* y del “efecto útil” de los tratados (este último, prescripto por el art. 2° del Pacto de San José de Costa Rica, que tiende a dar eficacia a los compromisos internacionales contraídos). La argumentación es laboriosa, pero no supera lo siguiente: el Pacto de San José (art. 68) no obliga a los estados a cumplir sentencias en las que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron parte pudieron ser oídos.

En verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica por razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados. El día en que el derecho consuetudinario procesal constitucional y el derecho procesal transnacional asuman el control de convencionalidad, éste habrá logrado una inserción jurídica plena, como en el caso de tantas otras operaciones mutativas aditivas (piénsese, v. gr., en el sistema judicial estadounidense de control de constitucionalidad, y de los efectos expansivos de las sentencias de su Corte Suprema mediante la doctrina del *stare decisis*, o del valor del precedente, que no figuran en su constitución)⁶.

⁵ Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a Sagües (2006, p. 77 y ss.).

⁶ Sobre la creación del sistema norteamericano de la *judicial review* y los efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, ver Sagües (2004c, p. 200 y ss.).

Cabe reconocer que el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional, de haber conflicto entre aquéllos y ésta, pero respetando el principio de la norma más favorable a la persona, sea doméstica o internacional. Ello es factible, por ejemplo, en el marco del art. 424 de la constitución de Ecuador. También es de aceptación posible en países que confieren a ciertos instrumentos, como el Pacto de San José de Costa Rica, rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la constitución argentina, v. gr.). Pero el problema se agrava en estados que no adoptan alguno de estos mecanismos, o que directamente declaran a su constitución como norma suprema, por sobre las reglas provenientes del derecho internacional. En estas hipótesis, la asimilación del control de convencionalidad va a requerir probablemente una interpretación mutativa de la constitución, que, en virtud de la prevalencia de ciertos principios (así, del bien común internacional como valor prioritario sobre el bien común nacional), justifique el control que aludimos.

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

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

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

pueden hacer funcionar al derecho doméstico ignorando al Pacto de San José de Costa Rica y a la referida jurisprudencia de la Corte.

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

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

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

Desde otra perspectiva, sin embargo, el juez local tiene sugestivas ampliaciones en sus potencias interpretativas, cuando no media jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal supuesto, al poner en marcha el derecho doméstico, debe aclimatarlo al Pacto de San José de Costa Rica, con lo que puede realizar por sí mismo provechosas modulaciones, muchas veces innovativas, de aquel derecho a las reglas del Pacto (cfr. Sudre, 2004, p. 209 y ss.).

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

constitucionalidad, sino también de convencionalidad [...] evidentemente dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.

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

Es interesante apuntar que la constitución nacional “convencionalizada” puede ser —en algún aspecto— más reducida que la constitución nacional a secas, cuando ciertos trozos de ella colisionan con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y, por ende, cabe inaplicarlos (recuérdese el caso de la censura televisiva en Chile). Pero también puede ser más extensa, si al texto original hay que agregarle, por ejemplo y por vía de interpretación mutativa por adición, conceptos básicos vertidos por la Corte Interamericana que complementan los derechos enunciados en la constitución, o que despliegan sus cláusulas de un modo determinado⁷.

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

especializados comparten tareas. Respecto del control “constructivo”, según explicamos, entendemos que todos los jueces están comprometidos en tal función.

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

Ello lleva a preguntarse si en un país determinado, como Argentina, que reserva el control de constitucionalidad a los jueces, y se lo impide al Poder Ejecutivo (Sagües, 2002, p. 233), podría —o debería— un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, declarar inconventionales a ciertas normas que, sin embargo, no puede declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad (no aplicarlas).

El punto no está suficientemente aclarado por la Corte Interamericana: por su importancia, merece una pronta y rotunda aclaración. El control de convencionalidad, que tiene aristas muy positivas y útiles, ha sido creado por dicha Corte, y pesa sobre ella el deber de explicitar con absoluta nitidez esta cuestión, sin emplear fórmulas lingüísticas imprecisas.

El derecho a ser oído ante la jurisdicción regional⁸

Abordamos ahora el segundo punto que proponíamos en nuestra Introducción.

El derecho a ser oído constituye un principio constitucional-procesal, explícito o implícito, en los textos

⁷ Un ejemplo de *ampliación* del texto constitucional, para el caso argentino, es la prescripción del art. 115 de la ley suprema, que declara “irrecurrible” al fallo destitutorio de un juez, pronunciado por el Jurado de Enjuiciamiento previsto por el mismo precepto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras razones, entendió que tal irrecurribilidad no podía impedir el cuestionamiento de la sentencia de remoción del Jurado, ante el Poder Judicial, atento el recurso contemplado por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica (caso “Brussa”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 326:4816). En otras palabras, ahora hay que entender como recurrible (judicialmente) lo que la constitución declara irrecurrible. A la inversa, un caso de *reducción* del texto constitucional puede encontrarse en las cláusulas constitucionales que (aunque con distintos alcances) permiten a los poderes públicos emitir amnistías o indultos. Según la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales competencias no pueden practicarse en materia de delitos de lesa humanidad, ya que violarían al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, ver los casos “Barrios Altos”, “Gelman”, “Ibsen Cárdenas”, “Almonacid Arellano” y “Radilla Pacheco”, entre otros; y para el caso argentino, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Simón”, Jurisprudencia Argentina, 2005-IV-377, y *Fallos*, 328:2056; caso “Mazzeo”, *Fallos*, 330:3248). Las reglas constitucionales admisorias de los indultos y amnistías deben entonces leerse con las excepciones que mencionamos.

⁸ Ver Sagües (2010c, p. 37).

constitucionales latinoamericanos. A su turno, el art. 8° inc. 1°, *in limine*, del Pacto de San José de Costa Rica, enuncia el derecho de toda persona “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, en los procesos penales. Por extensión jurisprudencial (v. gr., caso *Tribunal Constitucional del Perú*, entre otros), esta regla se extiende a todo proceso donde se debatan derechos y obligaciones, incluido el “juicio político” o *impeachment*.

Sin embargo, en varios pronunciamientos la Corte Interamericana ha afectado derechos de determinadas personas sin haberles dado audiencia. Por ejemplo, en el caso *Bulacio*, y después de una *solución amistosa* entre el Estado argentino y familiares de la víctima, reputó entre otras cosas inválida una declaración de prescripción en sede penal, pero sin haber escuchado al sujeto beneficiado por ella (cfr. García Ramírez, 2006, p. 338-341). En el caso *Kimel*, tras otra igualmente solución amistosa, estimó inconveniente una condena por calumnia, en un proceso que había llegado hasta la Corte Suprema de Justicia argentina, también sin oír, en este caso, al querellante que había triunfado en el ámbito nacional, en ese proceso. El fallo de la Corte Interamericana cuestionó, entre otros temas, la validez del tipo penal por el que había sido condenado Kimel, la facultad punitiva del Estado argentino a la luz de los principios convencionales de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y el margen de escrutinio periodístico al que podía ser sometido el juez querellante⁹. En el caso *Cantos*, una sentencia de la Corte Interamericana redujo los honorarios profesionales de unos abogados que tampoco fueron oídos en la instancia jurisdiccional regional (cfr. García Ramírez, 2006, p. 228 y ss.).

Es de observar que, en algunos de estos casos, la Corte Suprema argentina planteó sus discrepancias con el veredicto de la Corte Interamericana, más allá del tema de su obediencia y ejecutoriedad, en parte por la omisión a la regla del derecho a ser escuchado¹⁰.

El argumento más contundente para justificar estas omisiones de audiencia es la peculiaridad del procedimiento seguido ante la Corte Interamericana, donde básicamente se discuten violaciones de derechos humanos perpetradas, por acción u omisión, por los Estados. El proceso, por ende, tendría que ceñirse aquí a dar audiencia al Estado nacional involucrado.

Sin embargo, dicha tesis no es coherente ni respira justicia. Por un lado, la actual reglamentación vigente permite intervenir en el trámite ante la Corte Interame-

ricana a las presuntas víctimas de las afectaciones a los derechos humanos. Por otro, también al *amicus curiae*. Y desde una tercera perspectiva, resulta evidente que determinados fallos de la Corte Interamericana, como los señalados anteriormente, han reducido, sensiblemente en algunos casos, derechos de ciertas personas (un acusado sobreseído, un querellante victorioso, abogados litigantes). Es imposible dejar de advertir, a la luz del realismo jurídico, que si bien solamente el Estado es “condenado”, existen en algunos trámites particulares seriamente lesionados por el fallo de la Corte. La frialdad formal de ceñirse exclusivamente al Estado no puede ocultar que otros sujetos han visto menguados, y en algunas situaciones de modo importante, sus derechos, sin haber participado en la instancia jurisdiccional regional.

Fuera del éxito o del fracaso que podría haber tenido su eventual intervención, es innegable que estos sujetos podrían haber discutido los términos del allanamiento o de la solución amistosa pactada por el Estado, cuando ella existió. También podrían haber aportado sus razones defensoras de los fallos nacionales discutidos, cuestionado los términos de la presentación de la Comisión ante la Corte Interamericana, controlado la evaluación de las pruebas invocadas, etc.

En conclusión, el derecho de ser oído es, quizá, el primero y más relevante de los derechos fundamentales que hacen al debido proceso. En la jurisdicción regional, dicho derecho, por parte de todo sujeto potencialmente afectado por un fallo de la Corte Interamericana, se presenta cada vez más imperioso, como un recaudo *sine qua non* de legitimación de sus sentencias. Por cierto que no resulta aceptable que la Corte demande su estricto cumplimiento en sede nacional y que no lo tenga en cuenta en sus propios estrados.

En sede nacional, la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es obligatoria para los Estados involucrados (art. 68 del Pacto de San José de Costa Rica), ha tropezado alguna vez con dificultades por la no adecuada atención, por parte de la Corte Interamericana, del derecho a ser oído por los afectados por una resolución de tan alto Tribunal.

Conclusiones

Los operadores jurídicos nacionales deben tratar con cuidado las relaciones entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. No se trata de

⁹ Caso *Kimel* (02/05/2008, párrafo 58 y ss.).

¹⁰ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 327:5668 (caso Espósito-Bulacio) y 326:2968 (caso Cantos).

teorías, sino de instrumentos vivos y, además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El tema, paralelamente, tampoco es asunto de “derecho comparado”, sino de derecho en el que se involucra el propio Estado, cuando se ha insertado en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica y mientras permanezca en él.

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

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

Referencias

COMANDUCCI, P. 2005. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, p. 75-98.
DÍAZ REVORIO, F.J. 2003. *La interpretación constitucional de la ley: las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra.

FUENTES TORRIJO, X. 2010. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes.spanish_pdf. Acceso el: 11/10/2010.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (Coord.). 2006. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, UNAM, Tomo II.

MALARINO, E. 2010. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: K. AMBOS; E. MALARINO; G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, p. 25-61.

SAGÜÉS, N.P. 2010a. El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. In: A. VON BOGDANDI; M.E. FERRER; A.M. MORALES (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II. México, UNAM, p. 449-468.

SAGÜÉS, N.P. 2010b. La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario. In: V. BAZÁN (ed.), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*. Tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 678-689.

SAGÜÉS, N.P. 2010c. El derecho a ser oído en el proceso penal: su tutela ante la jurisdicción supranacional. *Revista de Derecho Procesal Penal*, II, p. 37-48.

SAGÜÉS, N.P. 2006. *Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 288 p.

SAGÜÉS, N. P. 2004a. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México, Porrúa, 107 p.

SAGÜÉS, N.P. 2004b. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires, Astrea, 519 p.

SAGÜÉS, N.P. 2002. *Derecho Procesal Constitucional: recurso extraordinario*. 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, Tomo I.

SAGÜÉS, M.S. 2004c. Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, I:199-219.

SUDRE, F. 2004. A propos du dialogue des juges et du controle de conventionnalité. In: J.-C. GAUTRON, *Études en honneur de Jean-Claude Gautron: Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Paris, Pedone, p. 207-224.

Submitido: 20/02/2013

Aceito: 22/04/2013

¹¹ Uno de los puntos más preocupantes (Caso *Almonacid Arellano*, v. gr.) es la posibilidad de reabrir procesos judiciales finiquitados con una absolución, por ejemplo, ante la aparición de nuevas pruebas incriminatorias, violando la tesis del *non bis in idem*. Sobre el tema y otros aspectos del problema, ver Malarino (2010, p. 25 y ss.).