

Publicado en el libro:
Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia.
Liber Amicorum al profesor José Araujo Juárez,
Víctor Hernández Mendible y José Luis Villegas Moreno (Coordinadores),
Caracas 2018, pp. 295-318.

SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

INTRODUCCIÓN

Se conoce como control de convencionalidad aquél que en el mundo contemporáneo ejercen los órganos jurisdiccionales competentes para juzgar la conformidad de los actos de los Estados miembros de una Convención o tratado internacional multilateral, respecto de lo establecido en la misma.¹

En América Latina dicho control se desarrolló particularmente con ocasión de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,² por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al juzgar las violaciones a la Convención por parte de los Estados miembros de la misma, ordenando en consecuencia a los mismos realizar las correcciones necesarias

¹ Véase Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128; Susana Albanese (Coordinadora), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano,” en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2013, pp. 113 ss. Véase además, Jaime Orlando Santofimio y Allan R. Brewer-Carías, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2013.

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

para eliminar de sus ordenamientos jurídicos las inconventionalidades, es decir, dejar sin efecto los actos estatales lesivos, lo que con frecuencia ha implicado la necesidad de adecuar los preceptos legales a la Convención e, incluso, adecuar mediante reforma, los mismos preceptos contenidos en las Constituciones de los Estados, a lo establecido en la Convención.³

Como lo destacó la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, sus decisiones - al controlar la convencionalidad - implican la adopción por parte de los Estados de medidas tendientes a asegurar:

“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.”⁴

Esta obligación de los Estados deriva del principio de derecho internacional conocido como “*Pacta sunt servanda*” que fue recogido expresamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1996, al disponer no sólo que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe,” sino que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Con base en ello, por tanto, el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para asegurar la sujeción de los Estados a la Convención, puede implicar incluso la necesidad de modificar la propia Constitución de los Estados para adaptarla a la Convención. Ello se decidió, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Caesar vs. Trinidad* de 11 de

³ Véase Néstor Sagüés, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, 2009-B, p. 761; y Víctor Bazán 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. 33, 78; Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 337.

⁴ 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/articulos/seriec_186_esp.pdf. Véase el comentario en Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

marzo de 2005,⁵ y más recientemente, en la conocida sentencia dictada en 2011, el caso *La Última Tentación de Cristo*, contra Chile, por violación al derecho a la libre expresión del pensamiento.⁶

En ésta última 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 el caso concreto, que dicha responsabilidad internacional del Estado chileno se había generado “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 la Corte, 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.”⁷

Otro ejemplo destacado que debe mencionarse referido a reformas legales fue la sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005⁸ en la cual la Corte Interamericana, consideró que una norma (art. 201) del Código Penal de Guatemala que permitía la pena de

⁵ Véase en comentario en Ernesto Rey Cantor, “Controles de convencionalidad de las leyes,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 412-413.

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

⁷ 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 412-413.

⁸ Véase sentencia en el caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf

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 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.”⁹

En sentido similar, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010,¹⁰ 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 materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.”¹¹

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 confrontado el derecho interno con la Convención y ha exigido conformar las normas de dicho derecho interno con las de la misma;¹² también han ejercido y ejercen el control de

⁹ *Ídem*, Párr. 132..

¹⁰ 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 .

¹¹ 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

¹² 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p.132.

convencionalidad los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos estatales, confrontándolos 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.

El control de convencionalidad, por tanto siempre ha tenido dos vertientes: una ejercida por la Corte Interamericana y otra ejercida por los tribunales nacionales; y ello ha sido así, incluso, antes de que el Juez Sergio García Ramírez hubiese acertadamente acuñado la expresión misma de “control de convencionalidad,”¹³ en su Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003.¹⁴ En ella, el Juez García Ramírez clarificó que el control de convencionalidad se efectúa a dos niveles: primero a nivel internacional, por la Corte Interamericana (“control propio, original o externo de convencionalidad”), y segundo, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales (“control interno de convencionalidad”).¹⁵

¹³ 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 Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

¹⁴ 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 230 ss. Véase igualmente los comentarios a los criterios de García Ramírez en Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 87 ss.

¹⁵ Véase Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 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. Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la*

Las dos vertientes mencionadas del control de convencionalidad, bajo otro ángulo, las ha identificado más recientemente, el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, distinguiendo lo que ha denominado, primero, el “control concentrado” de convencionalidad que ejerce la Corte Interamericana, en sede internacional, y segundo, el “control difuso” de convencionalidad, a cargo de los jueces nacionales, en sede interna,¹⁶ que es al cual básicamente queremos aquí referirnos.¹⁷

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

Mucho antes de estas sentencias clarificadoras sobre control de convencionalidad, en efecto, puede decirse que en el ámbito interno, dicho control de convencionalidad se ha realizado desde la propia entrada en vigencia de la Convención.

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, ejerciendo precisamente el control de convencionalidad, lo que por ejemplo condujo a la admisibilidad en el foro de la acción de amparo prevista en la Constitución de 1961 (art. 49).¹⁸ Hasta entonces, conforme a una interpretación jurisprudencial restrictiva de dicha norma que había hecho la Corte Suprema de Justicia en 1970,¹⁹ la norma había quedado como una

Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales), FUNDap, Querétaro, México 2012, pp. 88 ss

¹⁶ Véase Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*), FUNDap, Querétaro, México 2012, p.132.

¹⁷ Seguimos lo que hemos expuesto en Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: Antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo,” en Allan R. Brewer-Carías, Ernesto Jinesta Lobo, Víctor Hernández y Jaime Orlando Santofimio, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 35-112; “Derecho administrativo y control de convencionalidad, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 268, Tomo LXVII, mayo-agosto 2017, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 107-144.

¹⁸ “Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

¹⁹ 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

clausula programática que requería para su aplicación de desarrollo legislativo, excepto en materia de *hábeas corpus*,²⁰ lo cual incluso fue ratificado en 1972 mediante un Acuerdo de la misma Corte Suprema.²¹

Sin embargo, después de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos entrara en vigencia en Venezuela en 1977²² (al igual que ocurrió con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1978, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978), los tribunales de instancia comenzaron 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.²³

Este puede considerarse, en Venezuela, como el antecedente remoto del control de convencionalidad, el cual permitió, con base en las disposiciones de

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 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* N° 29.434 de 6 de febrero de 1971 pp. 219.984 y 219.985, y en *Gaceta Forense*, N° 70, 1970, pp. 179 ss. Esta decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26 de abril de 1971 en *Gaceta Oficial* N° 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* N° 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...".

²⁰ Véase, Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 21 Caracas, 1961, p. 381.

²¹ 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* N° 29.788 de 25 de abril de 1972. Véase, así mismo en la revista *Ministerio Público*, N° 19, Caracas 1972, pp. 105-107.

²² Véase en *Gaceta Oficial* N° 31.256 de 14 de junio de 1977 y N° 2.146 Extra, de 28 de enero de 1978.

²³ Véase por ejemplo la sentencia de instancia de 24 de noviembre de 1982 (*Caso Rondalera*), en René Molina Galicia, *El Amparo a Rondalera*, Ediciones, Síntesis Jurídica, Caracas, 1984, p. 80.

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 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 la 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 precisamente “desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo.”²⁴ Años después, en 1988, mediante Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y garantías Constitucionales, se reguló ampliamente la materia.²⁵

Igualmente, en materia de la admisibilidad de la acción de amparo en ausencia de previsiones constitucionales y legales, la Corte Suprema de la República Dominicana ejerció el control de convencionalidad en 1999, aplicando en forma directa de la Convención Americana. Se trató de la sentencia dictada el 24 de febrero de 1999 en el caso *Productos Avon S.A.*, con motivo de un amparo ejercido contra una decisión judicial por violación de derechos laborales, en la cual se admitió la acción en ausencia de disposiciones constitucionales o legales sobre la misma, prescribiendo, incluso, las normas de procedimiento aplicables.²⁶ Para tal fin, la Corte declaró que

²⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 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*, N° 472, Caracas, febrero 1985, pp. 74 ss.

²⁵ 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.

²⁶ 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 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

“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.”²⁷

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 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 República Dominicana 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.²⁸

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

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 violen sus derechos fundamentales, “aun 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*, No. 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 329 y ss. Véanse los comentarios a dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “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*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2000, pp. 95-102.

²⁷ Véase en *Iudicum et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos*, No. 7, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Diciembre 2000 p. 333

²⁸ 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 Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701

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, había significado la violación del derecho a la participación política, el cual aun cuando no estaba expresamente enumerado en la Constitución de 1961, debía considerarse como inherente a la persona humana, como un “principio general de rango constitucional en una sociedad democrática,” aplicando, por tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁹

Igualmente, el derecho a la doble instancia o a la revisión judicial ha sido un derecho que ha encontrado protección en diversos países vía el control de convencionalidad en el orden interno. Fue también el caso en Venezuela, cuando aún existía un régimen democrático, en 1997, ocasión en la cual la Corte Suprema de Venezuela anuló provisiones 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 denominó 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 provisiones de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁰ Se trató, sin duda,

²⁹ 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 Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701; Carlos Ayala Corao, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” Boris Barrios González (Coordinador), *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

³⁰ 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 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 Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701. Carlos Ayala Corao, “El diálogo jurisprudencial entre los Tribunales internacionales de derechos humanos y los Tribunales constitucionales,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. 181-182

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 en la Argentina, luego de habersele dado rango constitucional a la Convención (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,h de la Convención Americana que garantiza, el derecho de apelar las decisiones judiciales por ante un tribunal superior”³¹.

En Costa Rica también se dio aplicación al derecho convencional en esta materia del derecho a la doble instancia o a la 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”³². En esta forma, al considerar que el artículo 8.2 de la Convención Americana, la Sala reconoció “como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo,” considerando que las previsiones del artículo 472 del Código de Procedimientos Penales que limitaban el ejercicio del recurso de casación debían tenerse “por no puestas,” entendiendo “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 penal por delito.” La Sala Constitucional de la Corte Suprema de ese país, 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

³¹ Sentencia de 04-04- 1995, Caso Giroldi, H.D. y otros. Véase en Aida Kemelmajer de Caqlucci and maria Gabriela Abalos de Mosso, “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 Carlos Ayala Corao, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” en *Revista del Tribunal Constitucional*, No. 6, Sucre, Bolivia, Nov. 2004, pp. 275 y ss.

³² 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.

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 durante la época democrática, 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 Administrativo. 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, algunos 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,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 de Venezuela, la cual en una decisión No. 87 del 13 de marzo de 2000,³³ mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, 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.”³⁴

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

³³ Caso: C.A. Electricidad del Centro (*Elecentro*) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (*Procompetencia*), en *Revista de Derecho Público*, No. 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 ss.

³⁴ *Idem*, p. 157

De lo anterior resulta por tanto que en realidad, en esta materia de control de convencionalidad, particularmente en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que ha sido realmente novedoso ha sido la adopción y aceptación generalizada de la terminología de “control de convencionalidad,”³⁵ particularmente, como se dijo, por su utilización por el juez Sergio García Ramírez a partir de su Voto razonado a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003; así como la precisión de las dos vertientes en las cuales el mismo se ejerce; circunstancia 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,³⁶ con dos efectos jurídicos completamente distintos.

Con base en todos estos antecedentes, es indudable que aparte del control de convencionalidad que ejerce desde siempre la Corte Interamericana, el mayor interés que se aprecia en todos nuestros países en la actualidad, es respecto del control de convencionalidad que se ejerce en el ámbito interno por los tribunales nacionales, el cual se ha intensificado en América Latina. Y ello, entre otros factores, precisamente a partir de la conceptualización definitiva del mismo elaborada por el juez García Ramírez, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006.³⁷

Allí se elaboró el tema para identificar el control que ejercen los 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, llegando incluso en muchos casos a declarar la nulidad de éstas conforme a sus respectivas competencias cuando violan la Convención. Este control ocurre, igualmente cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno,

³⁵ 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 Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación,” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

³⁶ 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 No. 114 (Párr. 4), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

³⁷ 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

para determinar el alcance de las normas de la Convención, las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana.

Como lo precisó la Corte Interamericana en la citada sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, 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, considerando 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.”³⁸

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”.³⁹

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. Control de convencionalidad que deben ejercer los tribunales nacionales aun cuando los tratados internacionales no tengan rango constitucional, y solo tengan rango legal, como es el caso de la mayoría de los países, o rango supra-legal y sub-constitucional, y que en todo caso imponen su aplicación convencional en el orden interno de acuerdo con los principios que rigen la interpretación de las fuentes, sea del bloque de constitucionalidad o del bloque de legalidad.

³⁸ *Ídem.*, Párr.124

³⁹ 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.” *Ídem.* Párr. 125.

Como luego de múltiples sentencias⁴⁰ lo precisó la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 2006, en la cual se puntualizó la lógica del control de convencionalidad, 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 Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.”⁴¹

De acuerdo con estas definiciones conceptuales, el control de convencionalidad se concibe por tanto en el orden interno como una tarea asignada básicamente al “Poder Judicial” en general y no solo de un único tribunal, o a un tribunal supremo o a un tribunal constitucional. La competencia es de 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

⁴⁰ 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).

⁴¹ Véase sentencia en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú* de 24 de noviembre de 2006 (Párr. 128), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

“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.”⁴²

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

“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, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.”⁴³

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 distinción, y no por un solo tribunal; lo cual implica:

En *primer lugar*, que el control de convencionalidad se ejerce, por supuesto, por los tribunales de 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,

⁴² 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, Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p.141. Véase Néstor Pedro Sagües, “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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 428

⁴³ 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. 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 139

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 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*, el control de convencionalidad también 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*, el control de convencionalidad igualmente corresponde a todos los jueces y tribunales aun 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,⁴⁴ 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 en muchos países del bloque de la constitucionalidad, o en los demás tratados y convenios como integrantes del bloque de la legalidad.

III. EL NECESARIO DESLINDE ENTRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

⁴⁴ Véase Karlos A. Castilla Juárez, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 337.

La conclusión fundamental que deriva de estas competencias, en nuestro criterio, 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 o no de un determinado sistema de justicia constitucional que se pueda haber desarrollado en cada país.⁴⁵ Por ello consideramos, por ejemplo, que en los países en los cuales no existe un control difuso de la constitucionalidad, como es el caso de Panamá, nada impide que los jueces y tribunales a los cuales se aplican directamente las previsiones de la Convención Americana, poder ejercer el control difuso de convencionalidad.⁴⁶ Es el caso, por ejemplo, además de Panamá, de los países en los cuales existen sistemas de justicia constitucional exclusivamente concentrados (Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay y Uruguay), donde además de que las previsiones de la Convención Americana forma parte del bloque de constitucionalidad o del bloque de legalidad, 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.⁴⁷

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

⁴⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad”, *Liber Amicorum en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, República Dominicana, 2013.

⁴⁶ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional y UNAM, 2010, pp. 151-188; “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 339-429; y “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 131, 2011.

⁴⁷ Véase Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

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.”⁴⁸

Pero el tema no es exclusivamente del bloque de la 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, es porque 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 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 la competencia por la materia, por el grado y por el territorio que tengan asignada 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 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.”⁴⁹

⁴⁸ . Véase Néstor Pedro Sagües, “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 Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, p. 426.

⁴⁹ Véase las sentencias en Alfonso Jaime Martínez Lazcano, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (Coordinador), *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

Esta afirmación evidentemente tiene consecuencias en México, cuyo sistema de justicia constitucional ha evolucionado hacia un sistema de control concentrado que ejerce la Suprema Corte, e igualmente 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 donde no existe en la práctica el control difuso de constitucionalidad,⁵⁰ lo que podría llevar a la conclusión de que los jueces, en general, no podrían ejercer el control de convencionalidad en relación con la Convención Americana.⁵¹

Esa fue, por ejemplo, la conclusión a la que arribó, en relación con Panamá, el magistrado Jerónimo Mejía Edwards de la Corte Suprema de ese país, al indicar que el control de convencionalidad en el ámbito interno debe ejercerse “a la luz del sistema de constitucionalidad previsto en el país”⁵² o “a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado,”⁵³ concluyendo entonces 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 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.⁵⁴

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

Víctor Bazán 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. 41, 80.

⁵⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sistema panameño de justicia constitucional a la luz del Derecho Comparado,” en *Revista Novum Ius*, Edición N° 15°, 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

⁵¹ Como se señaló, así lo considera por ejemplo respecto de Chile, Véase Humberto Noguera Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris interamericano*. Para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 354, 363.

⁵² Véase Jerónimo Mejía Edwards, “Control de constitucionalidad y convencionalidad en Panamá,” en Boris Barrios González (Coordinador), *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Memorias I Congreso panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución, Panamá 2012, pp. p. 258

⁵³ *Ídem*, p. 261

⁵⁴ *Ídem*, 261-263

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 QUE se trata de un control que llamó como de “menor intensidad” quedando limitado el juez, en esos casos, a sólo producir “interpretaciones conformes” a la Convención, sin poder decidir sobre la inaplicabilidad de normas cuando son inconventionales.⁵⁵

El razonamiento del juez Ferrer Mac Gregor partió 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 regulaciones procesales correspondientes,”⁵⁶ 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;⁵⁷ concluyendo entonces con su apreciación que “el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuye en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de

⁵⁵ 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 110, 123, 147, 148

⁵⁶ 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 Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAp, Querétaro, México 2012, pp. 147, 151. Véase también Claudio Nash Rojas, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” en Víctor Bazán 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, p. 65.

⁵⁷ 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.

constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto.”⁵⁸

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 ejercido en el ámbito interno, “implica que todos los jueces, sin distinción,” pueden llevarlo a cabo,⁵⁹ independientemente de que el sistema de justicia constitucional admita o no el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, por parte de los jueces ordinarios.⁶⁰

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, por ser distintos ambos controles,⁶¹ 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, sin embargo, 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*,⁶² se produjo:

⁵⁸ *Ídem*, Párr. 37. Véase también Aylín Ordóñez Reyna, “Apuntes a ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” de Víctor Bazán, en Víctor Bazán 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, p. 80

⁵⁹ Véase Alfonso Jaime Martínez Lazcano, “Control difuso de convencionalidad en México,” en Boris Barrios González (Coordinador), *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

⁶⁰ 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 Aylín Ordóñez Reyna, “Apuntes a ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas’ de Víctor Bazán, en Víctor Bazán 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.

⁶¹ Véase Claudio Nash Rojas, “Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: ‘El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas,’” en Víctor Bazán 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, p. 65

⁶² 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

“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 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.”⁶³

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 el control de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas.”⁶⁴

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.⁶⁵ 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 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 objeto 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 estén conociendo, evidencien *motu proprio* la existencia de violaciones

⁶³ Véase Ernesto Jinesta L., “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales,” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales. En memoria del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo*, Funda, Querétaro, México 2012, p. 278

⁶⁴ *Ídem*.

⁶⁵ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “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, No. 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250. Publicado en *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 129-159.

respecto de derechos declarados en la Convención aun cuando no hayan sido denunciadas por la víctima , y que resulten de las actas del expediente.

IV. LA TENDENCIA AL DESPLAZAMIENTO DEL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD QUE DEBEN EJERCER LOS TRIBUNALES NACIONALES 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 en algunos de nuestros países, que pasaron en muchos de ellos 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 otros ámbitos del derecho, en particular, hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican las normas de la mayoría 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.

El control de convencionalidad en el orden interno, por tanto, también lo ejercen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, aun cuando, adicionalmente, como lo ha apreciado el magistrado Ernesto Jinesta:

“ciertamente, el control de convencionalidad difuso le corresponde ejercerlo a todos los órdenes jurisdiccionales existentes en un Estado Constitucional de Derecho, sea al juez penal, laboral, civil, mercantil, etc., no obstante, el que pueda ejercer la justicia contencioso-administrativa

resulta más significativo por el tipo de conductas fiscalizadas y de controversias que dirime.”⁶⁶

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, 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.⁶⁷

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

En este caso, éste 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.

Ahora, en el caso de los jueces contencioso administrativos, por lo que se refiere a la aplicación de las leyes que regulan la Administración Pública o que conforman el ordenamiento jurídico administrativo, pues a ellos corresponde aplicar el derecho conforme al sistema de las fuentes del mismo, donde se incluye a los tratados internacionales, resultando de ello sus poderes de control difuso de la convencionalidad que el bloque de legalidad les impone para la resolución de los asuntos de su competencia.

⁶⁶ Véase Ernesto Jinesta, “Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa,” en Allan R. Brewer-Carías, Ernesto Jinesta Lobo, Víctor Hernández y Jaime Orlando Santofimio, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 114.

⁶⁷ Sobre el rango de los tratados internacionales en el derecho interno véase: Rodolfo E. Piza Escalante, *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, San José 1989; Carlos Ayala Corao, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, IV Congreso venezolano de Derecho constitucional, Vol. II, Caracas 1996 y *La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003; Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 39, San José 2004, pp. 71 y ss. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 2004, pp.62 y ss.

Es decir, incluso en los países donde los tratados o convenciones internacionales solo tienen rango legal, como sucede en la mayoría de los casos, el juez nacional, al aplicar el bloque de legalidad, debe ejercer el control difuso de convencionalidad aplicando en el caso concreto los tratados internacionales y las leyes que rigen 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.

En este caso, ese viene a ser el ámbito del ejercicio del control de convencionalidad, cuando éste se ha desplazado en la substancia, del marco del derecho constitucional donde fue conceptualizado por la aplicación de tratados internacionales con rango constitucional como son en muchos países 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, o simplemente rango legal, en cuyo caso corresponde ser ejercido claramente por todos los jueces nacionales, en particular los contenciosos 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.

En este sentido se puede destacar como ejemplo de este control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales, el caso resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela aplicando en forma “preferente” normas de Convenciones internacionales en materia de corrupción administrativa, en relación con las de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello ocurrió con ocasión de decidir mediante sentencia No. 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*),⁶⁸ un ilegítimo e inconstitucional proceso iniciado mediante una “acción innominada de control de constitucionalidad” intentada por el Procurador General de la República contra la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1º de septiembre de 2011 (caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*), condenatoria al Estado venezolano por violación a los derechos políticos de

⁶⁸ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>. Véase los comentarios sobre dicha sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El ilegítimo “control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso *Leopoldo López vs. Venezuela, septiembre 2011*,” en *Revista de Derecho Público*, No. 128 (octubre-diciembre 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 227-250; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 16, Madrid 2012, pp. 355-387; y en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1095-1124.

Leopoldo López, al haberse decretado su “inhabilitación política” por un órgano administrativo (Contraloría General de la República) y no por un órgano judicial como lo garantiza la Convención..

La Sala Constitucional, en su sentencia, luego de descartar que la acción intentada pudiera ser una “acción de nulidad” o de “colisión de leyes,” precisó que de lo que se trataba era de resolver una “controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional,” concluyendo, que su objeto era:

“ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

Con esta sentencia, sin duda se ejerció un control de convencionalidad, aún cuando en un contexto judicial ilegítimo como fue que el Juez Constitucional en Venezuela procediera a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenatorias del propio Estado por violación de derechos humanos, para lo cual por supuesto no tiene competencia alguna. Se trató, en definitiva, de un absurdo “sistema de justicia” en el cual el condenado en una decisión judicial, en este caso el Estado, es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Ello como lo explicamos en otra parte, es la antítesis de la justicia.⁶⁹

En todo caso, fue en ese ilegítimo proceso donde la Sala Constitucional ejerció un control de convencionalidad al indicar que la Convención Americana no era el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debía ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte

⁶⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desprecio por los tribunales nacionales: los casos del Perú, Venezuela y de República Dominicana,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 22, Julio diciembre 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2014, pp. 77-119. Véase en particular, además, Allan R. Brewer-Carías, “La condena al Estado en el caso Granier y otros (RCTV) vs. Venezuela, por violación a la libertad de expresión y de diversas garantías judiciales. Y de cómo el Estado, ejerciendo una bizarra “acción de control de convencionalidad” ante su propio Tribunal Supremo, ha declarado inejecutable la sentencia en su contra,” en *Revista de Derecho Público*, No. 143-144, (julio- diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, pp. 409-437.

Interamericana, haciendo alusión específicamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, en las cuales no se establecía que las medidas contra las personas por actos de corrupción tuvieran que ser “necesariamente jurisdiccionales,” ni ser “necesariamente objeto de condena judicial,” siendo adoptadas como “medidas administrativas” por órganos “generalmente de orden administrativos,” como la Contraloría General de la República.

Con base en esas previsiones, la Sala Constitucional entonces, luego de aclarar que “no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos,” pasó en su sentencia a decidir que:

“la prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría General de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.”

En definitiva, como lo afirmó la Sala, con su sentencia, de lo que se trató fue de:

“aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”

Y ello fue lo que supuestamente habría “obligado” a la Sala Constitucional “a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos,

enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia,” para decidir indicando que:

“no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,” a los que ha aludido la propia Corte Interamericana en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sus Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.”

V. EL TEMA DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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 o legal que tengan en el ordenamiento jurídico.

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, si bien como lo ha anotado Víctor Hernández Mendible no les es dable ejercer el control difuso de la constitucionalidad,⁷⁰ 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

⁷⁰ Véase Víctor Hernández Mendible, “El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad. Originalidad y desaciertos,” en Allan R. Brewer-Carías, Ernesto Jinesta Lobo, Víctor Hernández y Jaime Orlando Santofimio, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 148.

impugnación de los actos administrativos dictados en los que se haya aplicado algún tratado internacional, en la misma forma, también están obligados a ejercer el control de convencionalidad.

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 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, además, 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 con las normas internas de los diversos países.

En este contexto, el rango constitucional que la Convención Americana y los derechos humanos en ella consagrados ha tenido en el derecho interno en algunos países, contribuyó a la conceptualización inicial del control de convencionalidad, particularmente por haber el derecho constitucional acaparado el tema del control de convencionalidad. Ello sin embargo, llevó 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.

Esta circunstancia, en mi criterio, en lugar de clarificar conceptualmente el control de convencionalidad, en cierta forma lo desdibujó, pues el control de convencionalidad es completamente independiente del sistema de control de constitucionalidad que pueda existir en los países. 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 administrativos, 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 constitucionalidad o el bloque de legalidad.

Esta competencia y poder de control de convencionalidad también corresponde ser ejercida por los funcionarios administrativos 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, al ejercer el control de convencionalidad, por supuesto están sujetos al control de legalidad por parte de los tribunales contencioso administrativo, quienes al ejercerlo, deben ejercer igualmente el control de convencionalidad.