

Entrevista

Una mirada escéptica al control de convencionalidad

Prof. Dr. Diego Moreno Rodríguez A.

Nota introductoria. Esta entrevista, realizada por la Revista Jurídica del CEDUC, nos brinda una visión crítica sobre el control de convencionalidad. El entrevistado es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Master en Derecho por la Universidad Columbia de la ciudad de Nueva York. Trabajó durante seis años como asesor legal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Es egresado con honores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Fue ganador del concurso de monografías de la Revista Jurídica CEDUC (1997). Además, fue presidente del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica (1996). Actualmente ejerce la profesión de abogado y es profesor de postgrado de la Universidad Católica, entre otras instituciones.

1. ¿Qué es el control de convencionalidad?

Es una doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en el caso *Almonacid Arellano v. Chile* del año 2006, en virtud de la cual la Corte ha determinado que los jueces nacionales y otras autoridades deben ejercer una “especie de control de convencionalidad”, a fin de asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano de los cuales el Estado afectado sea parte.

Aunque la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, básicamente lo que se pretende es que los jueces y otras autoridades inapliquen una disposición cuando sea contraria a la Convención Americana o a las interpretaciones que de ésta ha efectuado la Corte, de forma similar a lo que ocurre con el control constitucional.

Es importante destacar que incluso la propia Constitución puede ser objeto de “control de convencionalidad”, pues la doctrina asume que la Convención Americana sobre Derechos Humanos está por encima de las constitucionales nacionales.

2. ¿Para qué sirve el control de convencionalidad?

La Corte pretendió que los jueces nacionales tomaran en cuenta la Convención Americana y la aplicaran a nivel interno de los Estados, evitando la aplicación de normas contrarias a la Convención y/o a las interpretaciones que de la misma haya efectuado la Corte. Se quería asegurar así la eficacia plena de los tratados de derechos humanos del sistema interamericano a nivel interno de los países.

3. ¿Por qué ha adquirido tanta relevancia últimamente?

Ha habido un gran desarrollo temático desde el fallo Almonacid. La Corte y sus funcionarios promocionan esta doctrina en distintos países a través de charlas y conferencias. Varios autores latinoamericanos de prestigio han escrito libros y artículos, lo cual ha dado lugar a una literatura profusa sobre la doctrina. Se organizan charlas, cursos y seminarios sobre el control de convencionalidad. Digamos que es un tema que está de moda.

4. ¿Cuál es su visión del control de convencionalidad?

Creo que es una doctrina que pudo haber tenido buenas intenciones, en el sentido de propiciar que se tome en cuenta a nivel interno de los países a la Convención Americana, que muchas veces es soslayada por los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, la doctrina presenta algunas dificultades teóricas y prácticas de peso que, en lugar de favorecer una mayor aplicación de la Convención, podrían convertirse en una fuente de nuevos problemas para los operadores jurídicos. Y eso es algo que no conviene al sistema.

5. ¿Cuáles son algunos de esos problemas?

Hay varios. En primer lugar, esa “especie” de control de convencionalidad que la Corte exige a los jueces nacionales es algo que en realidad éstos no pueden hacer. El control de convencionalidad, en puridad, sólo lo puede hacer un tribunal internacional, es decir, la Corte Interamericana, disponiendo se garantice el goce del derecho cuando ha habido una violación, y en su caso, ordenar la reparación y la indemnización que corresponda por la violación al tratado en la que ha incurrido el Estado afectado.

Sin embargo, a diferencia de un tribunal internacional, un juez nacional nunca puede determinar la responsabilidad internacional de un Estado, lo cual sería absurdo. De allí que creo que la doctrina se asienta en un equívoco conceptual, al pretender extrapolar lo que hace un tribunal internacional al nivel doméstico, y estableciendo al mismo tiempo una dudosa analogía con el control constitucional, cuando que en realidad se trata de operaciones muy distintas. Se habla incluso de “control de convencionalidad concentrado v. difuso”, lo cual sólo contribuye a incrementar la confusión de una doctrina que hasta ahora no resulta muy rigurosa en términos conceptuales.

6. ¿Por qué entonces se exige a los jueces nacionales que realicen un control de convencionalidad?

A decir verdad, la doctrina no tiene ningún basamento normativo sólido. No en vano fue “descubierta” recién en 2006, siendo que la Corte comenzó a funcionar en los años 80. Los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que la Corte citó en el caso Almonacid como sustento normativo al control de convencionalidad a lo sumo hacen surgir la responsabilidad internacional del Estado, pero en modo alguno “exigen” ningún tipo de “control de convencionalidad” a los jueces nacionales. Como es natural, esto hacer surgir serias dudas sobre la legitimidad de la doctrina.

Por lo demás, es más que controvertido que la Corte Interamericana pueda exigir a un juez local a que inaplique una disposición de su ordenamiento cuando que ese mismo ordenamiento no le otorga facultades para realizar esta operación.

Es más, la Corte Interamericana no parece ser totalmente sensible ante el hecho de que los países tienen distintos sistemas de control constitucional que determinan cuándo un juez puede o no inaplicar una disposición legal, por ejemplo, sistemas de control difuso, concentrado, etc. Es cierto que ha habido esfuerzos de clarificación por parte de la Corte en fallos subsiguientes. Sin embargo, lo cierto es que hasta hoy no se sabe muy bien si en Paraguay, por poner un ejemplo que nos interesa, cualquier juez de primera instancia podría “inaplicar” una ley, e incluso la propia Constitución, por considerarla “anticonvencional”. De hecho algún autor incluso se pregunta si un Fiscal podría hacer lo mismo, o un Policía, por poner sólo algunos ejemplos.

Como es evidente, todo esto resulta muy problemático para nuestro sistema jurídico, y me parece que la doctrina del control de convencionalidad hasta ahora no ha podido hacer frente de manera exitosa a estos cuestionamientos.

Un tribunal internacional puede determinar responsabilidades internacionales y ordenar las reparaciones del caso, pero jamás puede otorgar a los jueces y a otras autoridades competencias de las que carecen a nivel doméstico, que es lo que parece pretender la Corte Interamericana con esta doctrina.

7. A propósito de lo que acaba de señalar, ¿cuál es la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional?

A mi modo de ver, la Corte desatiende que la forma de incorporar el derecho internacional al derecho interno se rige por las disposiciones de cada país. Cada Estado tiene su propio sistema de incorporación del derecho internacional, que van desde el monismo hasta distintas formas de dualismo.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha reconocido esto de forma muy clara, al no exigir a los Estados una forma específica de incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a sus ordenamientos internos, y dejando esto a criterio de los Estados. Es más, en una opinión consultiva del año 1987, la Corte Interamericana también siguió

esta misma línea, pero ahora ha cambiado de criterio, exigiendo que el tratado se incorpore al derecho nacional según los lineamientos trazados por la Corte.

Pero lo cierto es que en el derecho internacional no existe una sola norma relativa a la incorporación del derecho internacional a nivel interno, lo cual queda reservado a cada ordenamiento doméstico, con lo cual la Corte parece contradecir al derecho internacional.

8. ¿Cómo queda la Constitución nacional, ya que según el control de convencionalidad, la Convención Americana se hallaría por encima de la Constitución, algo que contradice al art. 137 de nuestra Carta Magna?

Esta pregunta es muy importante y se halla relacionada a la anterior. Me gustaría recordar aquí que, según el control de convencionalidad, un juez podría inaplicar la Constitución de su país si la considera “anticonvencional”. Sin embargo, esto nuevamente resulta muy problemático. Y de seguro para muchos operadores jurídicos paraguayos esta noción resultará también contra intuitiva, ya que para nosotros la Constitución es la norma suprema y los tratados internacionales son instrumentos normativos de inferior jerarquía.

Lo cierto y lo concreto es que el derecho internacional no establece que un tratado deba estar por encima de la propia Constitución, que es lo que pretende la Corte Interamericana con esta doctrina. Si un tratado ha de estar o no por encima de la Constitución es una cuestión que queda nuevamente reservada al derecho interno de cada Estado. Y en nuestro ordenamiento jurídico sabemos que esto no es así.

Un tribunal internacional simplemente no puede decidir a través de sus fallos si un determinado tratado debe o no estar por encima de la Constitución de un país. Esto parece atentar contra el derecho internacional y desconoce además las complejas relaciones que existen entre el derecho interno y el derecho internacional, que se relacionan de múltiples y muy sutiles maneras y donde hay que tomar en cuenta, entre otros aspectos, las teorías dualistas y monistas del derecho internacional.

9. ¿Cómo ha afectado la doctrina del control de convencionalidad al sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Como han advertido algunos, el control de convencionalidad acaba desnaturalizando el sistema interamericano de derechos humanos, que es de naturaleza subsidiaria y complementaria. Como es sabido, la obligación principal de protección de los derechos recae sobre los Estados. Esto siempre ha sido así, según lo establece el propio preámbulo de la Convención. Pero el control de convencionalidad pretende invertir este estado de cosas, ya que ahora todo juez debe incorporar la Convención de acuerdo a los lineamientos de la Corte, la cual se asigna a sí misma un rol primario, y coloca a la Convención por encima de la Constitución, en lugar de situarla en un plano distinto y complementario al del ordenamiento jurídico interno, como ha sido siempre.

De esta forma, el sistema establecido por el tratado deja de ser subsidiario, con lo cual se olvida de paso que la Convención Americana sólo establece un piso mínimo de protección y no un techo. Consideremos el siguiente ejemplo. En virtud al principio pro persona y a otras normas disponibles a nivel interno –por ejemplo, la Constitución, otros tratados de derechos humanos de la ONU, e incluso la legislación local– en cada país se podría llegar a brindar una protección incluso superior a la Convención Americana, pero esto quizás ya no podría ocurrir a partir del control de convencionalidad, al menos si nos atenemos a lo que establece la jurisprudencia de la Corte.

De otra parte, el art. 68 de la Convención es claro al establecer que las decisiones de la Corte únicamente obligan a las partes del caso, con lo cual nuevamente el control de convencionalidad, al exigir que las decisiones de la Corte sean vinculantes para todos los Estados, desvirtúa por completo el sistema.

10. El control de convencionalidad también implica que los jueces nacionales deben seguir las interpretaciones de la Corte Interamericana. ¿Qué opinión le merece esta vertiente de la doctrina?

Sí, es así. La Corte Interamericana pretende que incluso sus interpretaciones, es decir, su jurisprudencia, sean vinculantes, lo cual es sumamente problemático para la mayoría de los países sometidos a su jurisdicción, incluido el nuestro.

En los países de tradición civilista, los jueces están sometidos a la Constitución y a la ley. Los países latinoamericanos no siguen el sistema de common law, de precedentes obligatorios, que es propio de los países anglosajones. El control de convencionalidad, sin embargo, parece querer convertir a nuestros jueces en jueces de common law.

Esto resulta totalmente contrario a nuestra tradición, y coloca a los jueces en una posición sumamente difícil, ya que no se sabe si estarán vinculados a la Constitución y a la ley o a las “interpretaciones” de un tribunal internacional.

Además, es difícil que jueces que no hayan sido formados en la tradición del common law tengan el entrenamiento necesario para aplicar las complejas técnicas propias de dicho sistema (distinción de casos, ratio decidendi, obiter dicta, stare decisis, razonamiento analógico, y otras las técnicas afines que requieren años de práctica).

11. ¿Cómo queda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en todo esto?

A mi modo de ver, la posición de la Corte deja completamente de lado –de forma algo injusta hasta si se quiere– a otros actores fundamentales en materia de protección de derechos humanos. Aquí nombraré solamente a dos.

En primer lugar, como es sabido, hay dos órganos de protección en el sistema interamericano, la Corte, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última desempeña un papel importantísimo de protección, aunque no sea un órgano jurisdiccional

propriadamente dicho. Sin embargo, la misma no parece desempeñar ningún papel para la doctrina del control de convencionalidad, lo cual me parece sumamente problemático.

La Corte no tiene una jerarquía superior a la Comisión. Y de hecho la Comisión es mucho más activa que la Corte. Muchos casos acaban en la Comisión y nunca llegan a la Corte. Finalmente, a diferencia de la Corte, la Comisión es un órgano de la OEA, por lo cual abarca a más países.

El segundo grupo de actores dejados de lado son los jueces nacionales. El control de convencionalidad no les otorga, contrariando el principio de subsidiariedad, un rol trascendente a la hora de interpretar la Convención Americana, pues deben ceñirse a las interpretaciones de la Corte. Esto también es problemático. Los jueces nacionales son los encargados primarios de que no se violen los derechos. Están mucho mejor posicionados para internalizar normas de derechos humanos en contextos específicos. Tienen mucho más exposición a casos que los jueces de la Corte Interamericana, que apenas deciden unos doce casos al año, además de tener varias limitaciones institucionales.

Ahora todos los jueces de los distintos países de la región tendrán que ceñirse a las interpretaciones de siete jueces de la Corte Interamericana que sesionan unas pocas veces al año, al parecer sin poder desafiar dichas interpretaciones cuando consideren que existen otras que sean más favorables a los derechos o al principio pro persona.

12. ¿No promueve acaso el control de convencionalidad un diálogo con los jueces nacionales?

Es cierto que para justificar esta doctrina, se dice a veces que la Corte Interamericana “dialoga” con los jueces nacionales a través del control de convencionalidad. En primer lugar, tengo serias dudas sobre el hecho de que los jueces “dialoguen”. Los jueces aplican el derecho y su función institucional no es la de dialogar. Pero aún si aceptásemos la metáfora del supuesto diálogo, da la impresión de que se trata más de una “clase magistral” que de un genuino diálogo, pues los jueces nacionales no podrían, reitero, cuestionar las interpretaciones de la Corte cuando consideren que sus propias interpretaciones protegen mejor a la persona humana. Deben simplemente seguir a la Corte Interamericana, con lo cual, como algunos críticos han remarcado, se estanca la jurisprudencia y se atenta contra el carácter evolutivo de la Convención.

De otra parte, algunos sostienen que se trata de una herramienta complementaria y coadyuvante para los jueces nacionales a la hora de proteger los derechos, y que por tanto, debe ser acogida con entusiasmo. Pero esto no se desprende de los fallos. Da la impresión de que se trata de una doctrina más bien excluyente y absolutista. La protección de los derechos no pasa por ver cuál órgano del sistema debe tener la potestad exclusiva de establecer líneas interpretativas o de tener más poder que los otros. Es una tarea que compete colectivamente a varios actores, entre ellos, los jueces nacionales.

13. Algunos señalan que el contexto político de la región ha cambiado y que no es el mismo que existía cuándo los órganos de protección de derechos del sistema comenzaron a funcionar. En esta línea de pensamiento, ¿cómo cree Ud. que queda el control de convencionalidad de cara a las democracias actuales que existen en la región?

Ya mencioné que la Corte Interamericana parece no ser lo suficientemente deferente ante los jueces nacionales y ante la Comisión.

Pero tampoco parece tomar muy en cuenta los procesos democráticos que se dan en los países de la región. Hoy en día la democracia es la norma en países donde otrora imperaban dictaduras militares, se implementaba el terrorismo de Estado, existían violaciones masivas y sistémicas a los derechos humanos, etc. Este contexto ha cambiado hoy en día, pero tengo dudas de que el control de convencionalidad atienda a esta situación, otorgando la deferencia que reclaman nuestras democracias en sus decisiones sobre cómo lidian con determinados derechos. Algunos casos de la Corte en los que se ha empleado el control de convencionalidad avalan esta impresión.

Además, los derechos y su interpretación están sujetos al pluralismo que caracteriza a nuestros países, lo cual significa que pueden ser interpretados razonablemente de distinto modo por diferentes actores. Sin embargo, bajo el control de convencionalidad, únicamente podrán ser interpretados según los lineamientos de los siete jueces de la Corte Interamericana. Creo que yo las opiniones de los ciudadanos de nuestras democracias constitucionales también merecen respecto, incluso –y quizás con mayor razón– cuando estamos hablando de nuestros derechos fundamentales.

No en vano en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no existe una doctrina similar al control de convencionalidad. Todo lo contrario, dicho tribunal reconoce los márgenes de apreciación que tienen los Estados para implementar sus obligaciones de conformidad con al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente la Corte Interamericana, que suele seguir muy de cerca al Tribunal Europeo, se aparta radicalmente en este sentido a este último órgano.

14. ¿Qué propone entonces en lugar del control de convencionalidad y qué recomendaría a los operadores jurídicos a efectos dar una mayor eficacia a la Convención Interamericana de Derechos Humanos?

En primer lugar, que los jueces tomen conciencia de que la Convención Americana debe ser aplicada. Ello es así en razón de que dicho tratado forma parte de nuestro derecho positivo, y no en virtud a una “especie de control de convencionalidad”.

Pero para que eso sea posible, necesitamos un mayor conocimiento del sistema interamericano de derechos humanos, de sus diferentes tratados y órganos de protección, de los estándares de protección vigentes, que se lleven a cabo jornadas de capacitación para jueces y otros operadores jurídicos, escuchar las experiencias de los jueces y abogados nacionales, así como de otros actores de la sociedad civil, conocer sus inquietudes y las

dificultades que encuentran, a fin de que la Convención pueda ser aplicada de forma más eficaz.

Todos queremos que la Convención tenga una plena aplicación. Se trata de un instrumento sumamente valioso para la protección de los derechos y libertades. El sistema de protección ha realizado contribuciones importantísimas para nuestra región, por lo cual debe seguir siendo fortalecido y no debilitado, como pretenden algunos Estados que incluso han denunciado recientemente la Convención Americana.

Pero dudo que el control de convencionalidad, a pesar de su popularidad en ciertos círculos, sea un medio idóneo para lograr una mejor implementación de la Convención a nivel interno, dados los numerosos problemas que presenta. La protección de los derechos pasa por reconocer el valor inherente y la dignidad de la persona humana, y esa es una tarea en la cual nadie tiene una especie de monopolio excluyente. Al contrario, se trata de una empresa que nos compete a todos los ciudadanos de las Américas, incluidos los paraguayos.

Agosto de 2016