

El control de convencionalidad y el control constitucional

The control of conventionality and constitutional control

 RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA*

117

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo el estudio del control de convencionalidad y el control constitucional, que son fundamentales para comprender y garantizar la vigencia del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales. La investigación se basa en una metodología de naturaleza no experimental, ya que las variables estudiadas, así como su interacción, se registraron dentro de un contexto natural, a fin de realizar un análisis más detallado. A esto, se llegaron a las conclusiones siguientes: el control de convencionalidad y el control constitucional son pilares fundamentales del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos; además, su estudio, aplicación y fortalecimiento son esenciales para construir sociedades más justas y democráticas, donde los derechos de todas las personas sean plenamente respetados.

Palabras clave

Estado de derecho, protección de derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos, teoría de la argumentación jurídica, interpretación judicial

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7043-1848>. Correo electrónico: rlozanop@upao.edu.pe

Abstract

The objective of this research work is: The study of conventionality control and constitutional control is essential to understand and guarantee the validity of the Rule of Law and the protection of fundamental rights. Under the research methodology of a non-experimental nature since, The variables present in our investigative work will be studied within the natural context and in this way it will be recorded how they naturally interact with each other; which will allow us to carry out a more detailed analysis. From this, the following conclusions were reached: Conventionality control and constitutional control are fundamental pillars of the Rule of Law and the protection of human rights. Its study, application and strengthening are essential to build more just and democratic societies, where the rights of all people are fully respected.

Keywords

Rule of Law, Protection of fundamental rights, International human rights law, Theory of legal argument, Judicial interpretation.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ACERCA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. III. CONTROL CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL O CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. IV. CONTROL CONSTITUCIONAL EXTRAJUDICIAL O CONTROL CONCENTRADO. V. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POLÍTICO. VI. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA PARA SALVAGUARDAR LOS DERECHOS HUMANOS. VII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD: PARALELISMO. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A medida que el tiempo ha ido transcurriendo, el Estado peruano transitó de un «Estado de derecho» a un «Estado constitucional de derecho», donde se pasa a considerar que cualquier ejercicio o límite avalado por normas jurídicas debe discurrir en el respeto irrestricto de la Constitución, por ser esta la norma suprema. Del mismo modo, el rol de los jueces ha fluctuado en una constante transformación, desarrollando sus facultades discrecionales con variada metodología para interpretar y resolver conflictos de intereses de los ciudadanos, sumado a una constante evolución del control difuso y el control concentrado, partes integrantes del control de constitucionalidad.

Dentro del boyante desarrollo del derecho internacional público y la vitalidad de los tratados entre los países —sumado a la correspondiente ratificación que significa asumir estos acuerdos—, apareció la figura del control de convencionalidad, control

Ante el examen convencional o respeto de la convención, surge la excepción a esta regla: el margen de apreciación nacional, el cual vela por el respeto de su ordenamiento, escudado en el hecho de que toma en cuenta la realidad nacional, cuestiones culturales y principios propios de derecho constitucional, como es el caso del juez natural.

La supremacía de la Constitución es un postulado que en los ordenamientos jurídicos modernos queda libre de todo cuestionamiento, por servir como una de las garantías más elementales de la existencia de un Estado constitucional de derecho; no obstante, aún no existe un consenso universal sobre los métodos utilizados para exteriorizar los efectos de esta supremacía. En la actualidad, dos posturas resaltan sobre las demás: el control de constitucionalidad jurisdiccional y el control de constitucionalidad político. De data actual, el control de constitucionalidad es definido por Botti (2011) como aquella facultad otorgada a un órgano estatal con el fin de resolver si el actuar del resto de poderes del Estado se ciñen al caudal establecido por nuestra Constitución, teniendo como tarea principal salvaguardar la soberanía de la Constitución.

Adicionalmente a ello, el jurista Rosas (2015), citando a Sánchez Gil, indica que esta tarea principal de velar por el respeto de las prescripciones constitucionales podrá realizarse mediante la inaplicabilidad o nulidad de dichas normas que se tornen contrarias a la Constitución. Dicho ejercicio del control de constitucionalidad, según el Tribunal Constitucional (2005), debe ser realizado en virtud y respeto de principios como el «principio de unidad de la constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección funcional, principio de función integradora, principio de fuerza normativa de la Constitución y otros que vienen surgiendo fruto de la justicia constitucional» (STC 5854-2005-PA/TC, f. j. 12). A continuación, se explican de forma detallada:

a) El principio de unidad de la Constitución

Implica entender que la Constitución no consta solo de una dispersión de artículos o disposiciones individuales, sino que conforman una «unidad»

b) El principio de concordancia práctica

c) *El principio de corrección funcional*

d) *El principio de función integradora*

120

Referido a los alcances que tiene la Constitución, los cuales llegan a enlazar todo poder público, incluyendo al Tribunal Constitucional.

La jurisdicción constitucional se puede definir de la siguiente manera:

Aquel instrumento institucionalizado que teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio del poder estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental. (García Toma, 2016)

Respecto del control jurisdiccional judicial no especializado, Fonseca Sarmiento (2021) sostiene que «se produce cuando el órgano a quien corresponde el control es el Poder Judicial, pero dentro de este no se ha previsto la creación de un ente especializado en los temas de jurisdicción constitucional». Al igual que en la primera variante, el control de las leyes recae sobre el Poder Judicial que, sin embargo, no posee una sala especializada en derecho constitucional para poder resolver los conflictos surgidos a partir de la controversia entre la Constitución y una ley que se le opone. Esta forma de control jurisdiccional judicial deriva del modelo norteamericano, donde el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes está descentralizado dentro del Poder Judicial, instando a todos los

jueces (sea cual sea su especialidad o nivel jerárquico dentro de la estructura judicial) a ejercer el control de constitucionalidad si las circunstancias del caso así lo requieren. Considerando el lado positivo de esta configuración, la Constitución apreciaría en todos los jueces de la República una especie de «guardianes» frente a posibles vulneraciones; no obstante, también se apreciaría cierto grado de desorden a nivel jurisprudencial. Si bien los efectos de las resoluciones fruto de esta clase de control constitucional recaen únicamente sobre el caso específico, el estudio de la jurisprudencia unificada podría no ser uniforme y hasta contradictorio para dos casos similares en esencia.

El Tribunal Constitucional ha complementado la definición de control difuso al indicar lo siguiente:

Se trata de un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. De ahí que conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable. (STC Exp. 00374-2017-PA/TC)

122

El deber del que habla el Tribunal Constitucional se relaciona con las funciones de la labor jurisdiccional explicitadas en el artículo 138 de la Constitución. En un ordenamiento jurídico jerarquizado, con la finalidad de mantener la unidad del derecho, la fórmula de organización normativa de Hans Kelsen surge como algo más que una simple teoría integradora de las normas jurídicas y se implanta como punto de partida para la correcta aplicación del derecho.

IV. CONTROL CONSTITUCIONAL EXTRAJUDICIAL O CONTROL CONCENTRADO

Cabe nombrar también la tercera proposición realizada por Fonseca Sarmiento (2021) respecto de la existencia de un «control jurisdiccional extrajudicial», que se produce «cuando se ha establecido un órgano *ad hoc* para el control de constitucionalidad, el que es autónomo e independiente tanto del Poder Judicial como de los demás Poderes del Estado». El autor hace referencia a la existencia de un Tribunal Constitucional para la resolución de las controversias surgidas entre la Constitución y otra clase de normas jurídicas aplicadas a un caso particular.

Hemos de indicar que, a pesar de la diferenciación que la doctrina hace de este tipo de control, llamándole «extrajudicial», teóricamente existen amplias similitudes con las del control de constitucionalidad judicial, sobre todo a nivel

La instancia única es una característica del control concentrado que, al no validar otro órgano para el conocimiento de este tipo de causas, concentra toda la competencia. La jurisprudencia en esta instancia se caracteriza por poseer cierto nivel de carácter vinculante y las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional son punto de partida para la interpretación jurídica de otros órganos encargados de administrar justicia.

[...] decidió si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía». Jefferson había ordenado no entregar dichas credenciales «en virtud de lo facultado por la sección decimotercera de la ley de 1789, que parecía pugnar con lo prevenido en la sección segunda del Art. 3º de la Constitución de 1787. (citado en Fernández Segado, 1997)

La administración de justicia debe hacer prevalecer el mandato constitucional por sobre cualquier otro instrumento legal. La potestad de legislar no debe entenderse como la capacidad de determinar qué es y qué no es ley, siendo que esta tarea le corresponde al Poder Judicial, entidad independiente y con un alto grado de discrecionalidad sobre sus decisiones, únicamente sometido a la Constitución, las leyes y el criterio técnico sobre el que puedan nacer nuevas interpretaciones del cuerpo normativo.

Fonseca Sarmiento (2021) indica:

125

A pesar de las críticas respecto este modelo, se debe tener en cuenta el proceso histórico sobre el cual surgió esta clase de control constitucional. A continuación, pasaremos a revisar brevemente sus orígenes.

La Francia revolucionaria y su rechazo al control jurisdiccional

En opinión de Fernández Segado (1997), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano «pudo haber conducido al establecimiento de la revisión judicial al tener este cuerpo normativo una primacía jurídica especial»; no obstante, los revolucionarios franceses encontraron otras formas de ejercer control constitucional lejos de la intromisión del Poder Judicial en asuntos del Parlamento.

Cappelletti (2007) hace énfasis en tres circunstancias que pudieron haber determinado el rechazo al modelo jurisdiccional, entre las cuales se encuentran:

- *Razones históricas.* La Europa de entonces no podía concebir la idea de un Poder Judicial independiente. El modelo inquisitivo había predominado durante el antiguo régimen, el juez era un instrumento del poder real para conseguir sus objetivos; en este sentido, dotarle de facultades para el control constitucional hubiese contravenido las libertades ciudadanas.
- *Razones ideológicas.* Montesquieu había postulado la teoría de la división de poderes. Configurada de esta forma por razones históricas, la teoría no aceptaba excepciones, ni siquiera aquellas propuestas en virtud de un control de las acciones parlamentarias.
- *Razones prácticas.* El Parlamento surgía como fruto de la voluntad popular y no representaba una amenaza concisa a los intereses de la ciudadanía, como sí habría de representar el Poder Ejecutivo por sus antecedentes históricos.

126

Las condiciones históricas futuras hicieron prever la necesidad de un órgano de control del Parlamento, sobre todo después de la época de terror instaurada por Robespierre. Sieyès intentó, sin mucho éxito, instaurar en el modelo estatal un tribunal de casación de orden constitucional, encargado de «elaborar propuestas con vistas a posibles reformas que el tiempo podría exigir en la Constitución, además de servir como suplemento jurisdiccional frente a los posibles vacíos de la jurisdicción positiva» (García Belaúnde, 2003). Sieyès indicaba que la creación de un órgano guardián de la Constitución era un acto que no afectaba el concepto de división de poderes. No obstante, la Constitución no dejaba de ser vulnerada en el plano material por las actuaciones del poder. Si bien Sieyès falló en el intento de instaurar este tribunal de casación, la perspectiva teórica del asunto serviría como justificante para su futura implementación.

En el Perú, el control jurisdiccional difuso tuvo su primera aparición durante el gobierno de Ramón Castilla, incluyendo en la Constitución de 1856, en el artículo 10, que será nula y carecerá de efecto cualquier ley que contravenga la Constitución.

Según lo señalado por Sagües (2011), el control de convencionalidad es un instrumento ejercido exclusivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, es un mecanismo que se ejerce para verificar si existen algún acto, reglamento o ley proveniente de las autoridades estatales, que contravenga la esencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, las normas o actuaciones de los poderes públicos que se ajustan sustancialmente a la Convención Americana de Derechos Humanos. Entre los principales acuerdos que refieren sobre la aplicación del control convencional tenemos los siguientes:

127

Aquí la Corte IDH estableció las siguientes características: consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; es una obligación que corresponde a toda autoridad pública; para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, también se debe tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos; es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública, y su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH.

El cual prescribe que el control de convencionalidad debe ser realizado *ex officio* y en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes, es decir, sin la necesidad de que lo pidan de parte.

Donde se reitera que la obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Una excepción al control de convencionalidad: el margen de apreciación nacional

Se emplea por primera vez en el caso Grecia vs. Reino Unido de 1958-1959, con el fin de dotar de facultades a los Estados parte, de forma excepcional, en los casos donde exista un peligro público que amenace la vida de la nación al derogar de manera temporal las obligaciones previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos.

El margen de apreciación nacional es entendido como aquella excepción al control de convencionalidad. Según Sagües (2016), hay tres eslabones a ser tomados en cuenta en la aplicación de esta excepción, siendo los siguientes:

- a) «Guarda referencia a la intensidad (profundidad), basado en el derecho de asociación, estando a que el juez debe analizar parámetros como moralidad, interés público, etc.»;
- b) «Suspensión de los derechos, ya que de acuerdo al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ciertos derechos pueden ser suspendidos en caso de guerra o emergencia»;
- c) «Técnica de reglamentación de un derecho (instrumentación), amparado en el artículo 14 de la CADH, siendo que correspondería a la ley interna regularlo y se desarrolla por ejemplo bajo el derecho a réplica, rectificación o respuesta». De lo cual podemos afirmar que sí resulta plausible la idea de utilizar la discreción nacional.

128

Siguiendo en el colofón de la idea de aplicar el margen de apreciación nacional, encontramos a García Roca (2007), quien refiere que dicha excepción constituye un elemento de uso imprescindible solo cuando existan valores de índole social que se deban proteger, o cuando se hace notorio que la corte internacional carece de facultades para imponer un concreto modelo social, siempre y cuando se encuentren condiciones que permitan su ejecución, siendo una de ellas la «idiosincrasia convencional» de los pueblos.

Según Oblitas (2020), el «margen de apreciación nacional» tiene su génesis en la propia constitución referida en la premisa «[...] poder de administrar justicia», como sostiene:

[...] internacionalmente la norma que la soporta es el artículo 15 del CEDH y la razón actual de su uso, se basa principalmente en las diferencias culturales que existen entre los Estados, siendo que ello se ha dejado evidenciar en los

La Constitución se originó para la configuración del Estado y el respeto de las libertades ciudadanas. Si bien las libertades ciudadanas se pensaron para ser de universal aplicación, las distintas necesidades sociales hicieron de la Constitución un texto legal modificable de acuerdo con las circunstancias de la nación y el Estado. Las constituciones nacionales, sin embargo, se aprecian como un mecanismo de protección que depende de la buena voluntad de los jueces nacionales para aplicar las normas constitucionales de manera precisa y objetiva. Esto último resulta un poco difícil de concretar en la realidad; las circunstancias apremiantes pueden empujar a los jueces a tomar decisiones que, si bien son legítimas desde una perspectiva política, terminan yendo en contra de algún derecho. Ante este fenómeno fruto del choque entre perspectivas sobre un mismo hecho, el derecho internacional aparece con la intención de unificar las normas jurídicas bajo tratados de obligatoria observancia al momento de administrar justicia. Esta intención genera algunas dudas: ¿qué instrumento jurídico tiene mayor preponderancia?, ¿la Constitución o los tratados internacionales? El análisis resulta aún más complicado si apreciamos que existe jurisprudencia de la CIDH que exige ejercer «un control de convencionalidad *ex officio* a todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención» (Almoracid Arellano y otros vs. Chile), como una especie de intento por imponer estos instrumentos del derecho internacional, incluso por encima de la Constitución.

129

La principal controversia gira en torno al sujeto y la norma jurídica de habilitación para poder realizar el control de convencionalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha instado a un control de convencionalidad difuso aplicado «por el Poder Judicial de cada uno de los países miembros, extendiéndose a las autoridades judiciales, para dotar de responsabilidad a todas las autoridades estatales» (Liakat Ali Alibux vs. Surinam). Este planteamiento pretende democratizar

los deberes del Estado con la Constitución, un escenario que resulta utópico al no resistir un análisis desde la teoría del derecho. Si bien se cumplen con los cuatro primeros elementos para un correcto control de convencionalidad, hace falta la norma jurídica de habilitación capaz de facultar «a todas las autoridades estatales» realizar un control de convencionalidad cuando las circunstancias se presenten. Sin esta característica clave, el control de constitucionalidad no tiene fundamento jurídico alguno que pueda proteger al funcionario de posibles consecuencias jurídicas perjudiciales, su negativa a aplicar una norma específica del derecho interno en aras del «control de convencionalidad» se apreciaría más bien como un desacato y un reto directo al ordenamiento jurídico establecido. Más complicado aún resulta apreciar que el control de convencionalidad realizado en sede interna no necesariamente es correcto, siendo que la Corte Interamericana no ha previsto una serie de instrucciones para ejercer el control de convencionalidad.

Ante la problemática de aplicar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad (al mismo tiempo y en una misma instancia), surge la cuestión: ¿son ambos controles susceptibles de ser aplicados al mismo tiempo? La respuesta parece negativa, no solo por la falta de competencia en sede interna de los jueces nacionales para realizar un control de convencionalidad efectivo, sino también por el objetivo concreto que cada uno de estos controles busca.

La Convención Interamericana, indica Gutiérrez Ramírez (2016), no busca, en todos los casos, ser la base del ordenamiento jurídico nacional, supliendo incluso a la Constitución como herramienta con el mismo propósito. El derecho internacional y el derecho de los tratados no imponen como responsabilidad al Estado firmante de uno de estos instrumentos la inclusión del tratado dentro del derecho nacional con rango de norma constitucional; se pretende salvaguardar su eficiencia y efectividad dentro del derecho interno, pero no instaurar un modelo de supremacía. El rango que los tratados adopten dentro del derecho nacional dependerá únicamente de la voluntad política de los Estados, siempre que se asegure su efectividad concreta o —en términos prácticos— que los preceptos ahí contenidos tengan siquiera rango de ley.

Se aprecian dos tipos de controles con objetivos distintos: el aseguramiento de la primacía convencional por el control de convencionalidad y la supremacía constitucional por el control de constitucionalidad. El derecho internacional solo tiene la intención de ser respetado en instancias nacionales, mientras que la Constitución tiene la intención de imponerse por sobre todo el ordenamiento jurídico.

Sobre esta base hemos de reflexionar acerca del verdadero objetivo del derecho internacional y la deformación que ha surgido con base en criterios doctrina-

131

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional hace la misma referencia al asunto de interpretación; el orden de los postulados es importante al momento de analizar la esencia de dicha norma; los derechos y las libertades constitucionales se interpretan en conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no de forma inversa. El control de constitucionalidad se realiza con las referencias jurisprudenciales del derecho internacional, pero no en conjunto con un control de convencionalidad, ¿cuál sería el objetivo de todas formas? Si el control de convencionalidad difuso casi siempre tendrá que ser confirmado o corregido por la Corte Interamericana, la acción carece completamente de significado. El control de constitucionalidad difuso, por otra parte, tiene efectos reales sobre una causa concreta y no está sujeto a la modificación bajo la garantía de la cosa juzgada. En este sentido, hemos de adoptar la postura de Gutiérrez Ramírez

- 132

