

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Néstor Pedro Sagüés* (Argentina)

Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad**

RESUMEN

El poder ejecutivo y la administración pública en general también deben, y de oficio, realizar control de convencionalidad, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese control se aplica tanto en la emisión como en la aplicación de normas. En este último ámbito puede ser “constructivo”, cuando el operador realiza selección de interpretaciones o construcción de interpretaciones del derecho doméstico, para amoldarlo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, o “represivo”, en el caso en que inaplique reglas nacionales opuestas a estos parámetros de convencionalidad.

Palabras clave: control de convencionalidad, control ejecutivo, control administrativo, control represivo, control constructivo, control difuso, control concentrado, selección de interpretaciones, construcción de interpretaciones.

ZUSAMMENFASSUNG

Nach der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind die Exekutive und die öffentliche Verwaltung generell verpflichtet, eine Prüfung der Vertragskonformität von Amts wegen vorzunehmen. Diese Kontrolle gilt sowohl für den Erlass als auch die Anwendung von Normen. Im zweiten Fall kann sie „konstruktiven Charakter“ haben, wenn sie für die Wahl zwischen verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten oder bei der Entscheidung über die richtige Auslegung des nationalen Rechts herangezogen wird, um dieses an die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs

* Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. npsagues@gmail.com.

** El presente trabajo se integra al Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

für Menschenrechte anzupassen, oder „repressiven“, wenn nationale Rechtsnormen, die im Widerspruch zu den Parametern der Vertragskonformität stehen, nicht angewendet werden.

Schlagwörter: Kontrolle der Vertragskonformität; Exekutivkontrolle; administrative Kontrolle; repressive Kontrolle; konstruktive Kontrolle; diffuse Kontrolle; konzentrierte Kontrolle; Wahl zwischen Auslegungsmöglichkeiten; Auslegungsentscheidung.

ABSTRACT

Abstract: According to the case law of the Inter-American Court of Human Rights, the Executive Power and public administration in general should carry out conventionality control of their own accord. This control applies both to the approval and the application of norms. With relation to the latter, it may be “constructive” control, when the agent chooses between different interpretations or formulates an interpretation of domestic law in order to adjust it to the American Convention on Human Rights and the case law of the Inter-American Court, or it may be “repressive” control when it decides against the application of national rules which clash with the standards in the convention.

Keywords: Conventionality control, executive control, administrative control, repressive control, constructive control, diffuse control, concentrated control, choice of interpretations, construction of interpretations.

Introducción

El objeto de este trabajo es, primero, distinguir las funciones *represivas* de las *constructivas* de la doctrina del control de convencionalidad dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para abordar después uno de los sujetos que el mismo tribunal demanda que practique ese control: el poder ejecutivo. En tal sentido, se distinguirán los distintos papeles que en este quehacer puede asumir ese órgano del Estado, y la administración pública en general, esto es, como *emisores* de normas y como *aplicadores* o, en su caso, *inaplicadores* de normas.

1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad

La misión clásica del control de convencionalidad que deben practicar los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo*: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

José de Costa Rica)¹ y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber “de oficio” de dichos jueces sobre todas las normas nacionales (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*) y, finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los vinculados más estrechamente a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados por militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, *constructivo* o *positivo*, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional*, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. México* (párr. 340), donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente– la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (párr. 233), y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú*), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno, en consonancia con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, ello implica realizar la “interpretación conforme” del derecho doméstico, con estos dos últimos parámetros de control (Pacto y jurisprudencia).

Ello conduce a practicar –sostenemos–, de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también llamadas “sustitutivas”), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional,

¹ En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac-Gregor [cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro Saiz Arnaz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, D. F., Porrúa-UNAM, 2012, pp. 109, 92].

siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.² El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo) *manipulativas* o modulativas (asimismo, “interpretativas”).

En particular, mediante los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, a la par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto, antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Paralelamente, debe tenerse presente que el control de convencionalidad tiene que verificarse tanto en la *emisión* como en la *aplicación* de normas (*Gelman 2*, 20 de marzo de 2013, párr. 69).

2. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad

Quienes primero fueron llamados para trabajar como operadores del control interno o nacional de convencionalidad fueron los jueces, como se desprende, por ejemplo, de *Almonacid Arellano vs. Chile*. Este fallo, de 2006, fue ampliado posteriormente para involucrar en ese trabajo a todos los órganos del Estado, “especial-

² Derivamos también al lector a nuestros estudios anteriores: Néstor Pedro Sagüés, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, pp. 15 y ss., y *Jurisprudencia Argentina*, 2013-IV-1342; Néstor Pedro Sagüés, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (comps.), *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, D. F., Porrúa, 2013, p. 356.

mente los más vinculados con la administración de justicia”. La apertura se registra ya, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010, párr. 225) y después se consolida reiteradamente. Por ejemplo, en *Gelman 2* (20 de marzo de 2013, párr. 69) se convoca, respecto del Estado, a “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”.

El listado, pues, se agiganta y presenta nuevos escenarios. Por ejemplo, el de los sujetos legisferantes,³ entre los que cabe hoy mencionar: a) al poder constituyente; b) desde luego, al congreso; c) al poder ejecutivo, cuando pronuncia normas; d) al judicial, en los casos en que emite, v. gr., directrices jurisprudenciales que implican reglas obligatorias para jueces u otros entes estatales, muchas veces a través de “sentencias exhortativas” que en verdad, de vez en cuando, se transforman en “sentencias legislativas”; e) en ciertos lugares, al consejo de la magistratura, habilitado de vez en cuando por la constitución para expedir normas (en Argentina, por ejemplo, art. 114, inc. 5, para “dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”), etc. Incluso cabe preguntarse si particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo, obligatorios incluso para quienes no hayan intervenido en su aprobación, no se encuentran también comprendidos en esta esfera del control legisferante de convencionalidad, interrogante al que respondemos afirmativamente. Un convenio colectivo laboral, v. gr., no debería incluir cláusulas opuestas al Pacto referido y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Tal control legisferante obliga a los órganos del caso, en el ámbito de sus competencias, a no sancionar normas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar las existentes, y en casos extremos a eliminarlas, para concordarlas con estos baremos.

3. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones

El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del supuesto, erróneo por cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea básica y casi exclusiva de jueces. Pero hay felices excepciones.⁴

³ Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014, p. 104.

⁴ Recomendamos la lectura de Lucas L. Moroni Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013, p. 47, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el poder ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

3.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas

Tal es el caso del poder ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie; a título de ejemplo: a) decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; b) decretos reglamentarios de una ley; c) decretos autónomos en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; d) decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de que cabe corregir (y de ser necesario, dejar sin efecto) las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

3.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control también debe realizarse de oficio (por ejemplo, *Caso Gelman 1*, 24 de febrero de 2011, párr. 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (v. gr., *Caso Baena*, 2 de febrero de 2001, párr. 129).

3.2.1. Control constructivo de convencionalidad

En este terreno, *todos* los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme” ya reseñada. En otras palabras (ver *supra*, 1), tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control *difuso* de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, *constructivo*. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como decanos y consejos directivos de una universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico.⁵

3.2.2. *Control represivo de convencionalidad*

En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el sistema interamericano de derechos humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma (piénsese, v. gr., en un director de administración que se encuentra ante un decreto del poder ejecutivo, en principio irremediamente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica), no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar el decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

La cuestión es más compleja cuando un jefe de Estado, v. gr., entiende que una ley (a la que se encuentra constitucionalmente subordinado) choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, primero debe agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad para realizar una “interpretación conforme”, según apuntamos (a través del método de selección y construcción de interpretaciones); pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (v. gr., *Caso Gelman 1*, 24 de febrero de 2011, párr. 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumir control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

⁵ *Ibid.*, p. 51, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

El tema es discutido, sobre todo en aquellos países donde el poder ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley (todo ello con base en el principio de división de los poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el poder ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase), ni tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo).⁶

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación “conforme”, portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, a la par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

En definitiva, lo que no es admisible es que el poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.

4. Recapitulación

El poder ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

- a) En cuanto a la emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como de modificar o derogar las que se opongan a ambas.

⁶ El tema ha sido tratado con mayor extensión en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1, pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el Poder Ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el Poder Ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad dé lugar frente a los particulares.

- b) Respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control *constructivo* (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana).
- c) De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar –igualmente de oficio– por la inaplicación de las reglas nacionales (control *represivo*). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.

Bibliografía

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro SAIZ ARNAZ y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, D. F., Porrúa-UNAM, 2012.
- MORONI ROMERO, Lucas L., “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en Armin VON BOGDANDY, Flavia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (comps.), *Estudos avançados de direitos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013.
- _____, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- _____, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, D. F., Porrúa, 2013.
- _____, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia - Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014.
- _____, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014.