

# LA DIFERENCIACION ENTRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE COMPATIBILIDAD

WALTER F. CARNOTA\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿UN CONTROL MÁS?—3. CONFUSIONES CONCEPTUALES.—4. EL LLAMADO «CONTROL DE COMPATIBILIDAD».—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## RESUMEN

Con frecuencia, se suele hablar de ‘control de convencionalidad’. Sin embargo, su trasposición sin más, del campo del derecho internacional público al del derecho constitucional, puede acarrear confusión con el clásico ‘control de constitucionalidad’, que comenzó en los Estados Unidos a partir del célebre caso ‘Marbury v. Madison’ del año 1803 y que se expandió por todo el mundo a lo largo del siglo XX. A su vez, deben distinguirse ambos instrumentos del llamado ‘control de compatibilidad’, que es un mecanismo diseñado por la Ley de Derechos Humanos británica de 1998. Lo que va a variar en cada uno de estos tres supuestos es la intensidad del control: en el control de constitucionalidad, se producen distintos efectos, que van desde la inaplicación al caso concreto hasta la derogación, según el sistema difuso o concentrado. El ‘control de convencionalidad’ implica que se responsabiliza al Estado infractor de una disposición de un tratado en sede internacional. El de compatibilidad se limita a constatar la incongruencia de la normativa doméstica con la internacional.

*Palabras clave:* Control de constitucionalidad. Control de convencionalidad. Control de convencionalidad.

---

\* Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Programa en Derecho Constitucional Práctico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

## ABSTRACT

The expression 'conventionality control' is being used increasingly. It is a notion that derives from international law. However, constitutionalists sometimes tend to confuse this idea with judicial review, which started in the United States in 1803 ('Marbury v. Madison'). Judicial review was extended worldwide during the 20<sup>th</sup> century. 'Compatibility control' is entirely different, becoming effective after the Human Rights Act was passed by the United Kingdom Parliament in 1998. Intensity of control varies accordingly: judicial review mechanisms range from inapplicability in decentralized systems, to outright repeal in centralized ones. 'Conventionality control' implies that the State will be liable internationally if a treaty is not fully observed. 'Compatibility control' declares an inconsistency between domestic and international rules.

*Key words:* Judicial review. Conventionality control. Conventionality control.

Uno de los fenómenos más interesantes de las últimas décadas del siglo XX y comienzos del siglo XXI ha sido sin duda alguna la notable expansión que ha registrado en diversas latitudes del mundo la justicia constitucional. La creación de institutos, dentro de ese paraguas, para lograr la plena efectividad de los enunciados constitucionales, es sin duda alguna uno de los elementos definitorios de lo que hoy conocemos con el nombre de «Estado Constitucional de Derecho».

Claro que el control de constitucionalidad, como cualquier institución en el Derecho, no surge de la nada, sino que es producto de una necesaria sedimentación. Si bien la *judicial review* aparece mitológicamente<sup>1</sup> con la sentencia dictada en el caso «Marbury v. Madison» en el año 1803, fue la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana la que la ha decantado y modulado canónicamente a lo largo de más de doscientos años de evolución.

La irrupción de la jurisdicción constitucional con la *Oktoberverfassung* de 1920 y sus secuelas también dan cuenta de primeros inicios de las Cortes o Tribunales Constitucionales, con un formidable desarrollo a lo largo de toda la pasada centuria. Es así que lugares tan insospechados como la Europa central y oriental poscomunista<sup>2</sup>, o la América Latina con sus variantes<sup>3</sup>, han sido campo propicio para el florecimiento de la justicia constitucional a través de tribunales especializados. No es ocioso destacar la trascendencia de estos desarrollos en lugares en donde se ha requerido —y aún se necesita desesperadamente— acortar la brecha entre lo declamado y lo cumplido, es decir, entre la validez normativa y la vigencia sociológica.

<sup>1</sup> CLINTON (1989): 78.

<sup>2</sup> SCHWARTZ (2000): 21; KUTLESIC (2009): 120.

<sup>3</sup> SAGUES (2004): 27.

El botiquín instrumental de la justicia constitucional ha ido variando con el tiempo y demuestra hoy en día un grado considerable de sofisticación. La problemática de las sentencias aditivas, manipulativas, sustractivas e interpretativas, que se inscriben dentro de la gran temática de los «efectos de la sentencia constitucional», es un campo fértil para la investigación y el estudio del derecho procesal constitucional, como se denomina a la disciplina en América Latina, o de su equivalente europeo, la justicia constitucional<sup>4</sup>.

Dentro de este panorama, destacamos el surgimiento de un instrumento novel, el «control de convencionalidad»<sup>5</sup>. Como veremos, el mismo ha tenido particular incidencia en algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de allí se ha filtrado a decisiones de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales de la región. Y el mismo se emparenta con el «control de comunitariedad» que se verifica en el ámbito europeo a partir del caso «Simmenthal»<sup>6</sup>.

Toda nueva formulación jurídica suscita dudas, matices interpretativos, aplausos apresurados o resistencias tajantes. El apodado «control de convencionalidad» no ha estado, por cierto, exento de estos vaivenes. Empero, una de las observaciones que se formulan se relaciona con el hecho de su eventual innecesariedad, dado que para algunos se hallaría subsumido en el ya existente «control de constitucionalidad». ¿Son dos instituciones radical y completamente distintas? ¿En algún punto se entroncan?

De comienzo, debe afirmarse que el Tribunal con sede en la ciudad de San José de Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

«ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en ‘controlar’ si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales; y por ende...no se convierte en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes de los países»<sup>7</sup>.

Por lo demás, habida cuenta de que la Corte Interamericana llama, dentro de la interpretación aplicativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, a los miembros de los poderes judiciales del sistema interamericano de derechos humanos a realizar este «control de convencionalidad», el mismo puede o no coincidir<sup>8</sup> con aquellos órganos que tienen a su cargo el consabido control de constitucionalidad en cada uno de los países del sistema.

<sup>4</sup> GARCÍA BELAUNDE (2008): 81; FERRER MACGREGOR (2008): 140.

<sup>5</sup> REY CANTOR (2007):

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SEGADO (2009): 1206.

<sup>7</sup> HITTERS (2008): 135. Énfasis original.

<sup>8</sup> Se ha considerado, por el contrario, que el órgano de justicia ordinaria, en sistemas concentrados de contralor, debe remitir a la justicia constitucional la cuestión atinente al control

Además de este primer escenario competencial-formal, habría que analizar si objetiva o materialmente lo que se examina y analiza en un caso es lo mismo que en el otro, o es completamente distinto.

## 2. UN CONTROL MÁS

Era lógico que luego de sentar el principio de prevalencia de un orden jurídico, ya fuese comunitario o de derechos humanos, se pensase en algún mecanismo capaz de tornarlo efectivo y de que esa fórmula de primacía estampada en documentos fundacionales o en sentencias liminares no resulte letra muerta.

Las nascentes formulaciones del criterio del «control de convencionalidad» no tuvieron dudas de que se trataba de dos instituciones («control de constitucionalidad» y «control de convencionalidad») con distintos ámbitos de aplicación.

Si bien la Corte Interamericana implícitamente daba por sentada una doctrina de ‘control de convencionalidad’, no terminó de delinearla en todos sus términos hasta el dictado de la sentencia «in re» *Almonacid Arellano c. Chile*<sup>9</sup>. Los hechos que dieron lugar a este importante decisivo son adecuadamente sintetizados por Rey Cantor<sup>10</sup>:

«El señor Almonacid Arellano era un comunista de la época del régimen de la dictadura militar en Chile, en la cual se adoptó una ‘política de Estado’ con el fin de perseguir a sus adversarios políticos. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por los carabineros, quienes le dispararon en presencia de su familia y saliendo de su casa. El gobierno militar en ejercicio expidió el Decreto-Ley No.2191 concediendo la amnistía por los delitos que se cometieron con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Su esposa inició la acción penal contra los responsables ante el fuero militar, en el cual sobreseyeron a los autores del crimen, aplicando dicho decreto».

Y es así que la Corte<sup>11</sup>, en el ya famoso considerando número 124 de la sentencia bajo análisis, expresa que los jueces internos deben:

«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. En esa tarea, el Poder

---

de convencionalidad (SAGUES: 2009, 763), lo cual, aún basado en la letra de lo que señala la Corte Interamericana, puede alimentar más la confusión entre ambas figuras.

<sup>9</sup> Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

<sup>10</sup> REY CANTOR (2009): 795.

<sup>11</sup> En lo que puede considerarse una aportación del juez GARCÍA RAMÍREZ a la jurisprudencia interamericana. GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ (2009): 504.

Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana».

Para llegar a esta elaboración, la Corte Interamericana establece que la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad forma parte del cuerpo del *jus cogens*<sup>12</sup>, es decir, de aquellos contenidos inderogables del derecho internacional. Crímenes de esta magnitud afectan a la humanidad toda y no son susceptibles de amnistías.

Dentro de este contexto, el Tribunal regional considera en su fallo que no sólo los magistrados nacionales se encuentran vinculados por la preceptiva convencional, sino asimismo por la interpretación última que de la misma efectúa la propia Corte Interamericana. Aclara además Nogueira Alcalá<sup>13</sup> que:

«el sistema interamericano de protección de derechos se caracteriza por la subsidiariedad del nivel supranacional; por tanto, la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produce sólo cuando las instancias jurisdiccionales nacionales se encuentren agotadas o sean inútiles para resolver el problema. Ello exige a los abogados nacionales plantear y hacer valer ante la judicatura nacional las posiciones jurídicas aseguradas y garantizadas por la Convención Americana de Derechos Humanos».

Así, se produjo un tránsito, de una suerte de «control concentrado de convencionalidad» a cargo de la Corte Interamericana<sup>14</sup>, a uno de naturaleza difusa, en donde se encarga a todos los jueces nacionales su realización<sup>15</sup>.

Casi contemporáneamente con esta decisión, en «*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*» (sentencia del 24 de noviembre de 2006), la Corte Interamericana precisó el alcance de esta doctrina. En esta oportunidad, la contienda tuvo origen en un proceso de racionalización administrativa por la que habían quedado cesados 257 trabajadores del Congreso peruano después del «golpe de Estado» del entonces Presidente Fujimori.

La Corte ameritó las dificultades operativas y prácticas para cuestionar la evaluación y eventual cese de los trabajadores involucrados, como también la falta de independencia del Tribunal Constitucional que les había convalidado (Recordemos que la situación de ese organismo había dado

<sup>12</sup> GONZÁLEZ MORALES (2009): 224.

<sup>13</sup> NOGUEIRA ALCALÁ (2007): 176.

<sup>14</sup> FERRER MACGREGOR (2010): 173.

<sup>15</sup> FERRER MACGREGOR (2010): 185.

motivo a una sentencia célebre de la Corte Interamericana, «*Tribunal Constitucional*», del 31 de enero de 2001, C-71).

En el considerando 128 de su decisión en «*Trabajadores...*», la Corte regional vuelve a reafirmar la existencia —paralelamente a la del «control de constitucionalidad»— de un «control de convencionalidad» (sin potenciales), aún de oficio, siempre dentro de las competencias y las regulaciones procesales respectivas.

Al poco tiempo, el 29 de noviembre de 2006, en el caso «*La Cantuta c. Perú*», la Corte también concluyó en la invalidez —bajo el prisma del «control de convencionalidad» y de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado (considerandos 173 y 174)— de las leyes de autoamnistía peruanas.

Posteriormente, la doctrina de la ‘convencionalidad’ fue reiterada en oportunidad de fallar la causa «*Boyce c. Barbados*», sentencia del 20 de noviembre de 2007. En la causa ocurrente, se trataba de determinar la congruencia del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona de Barbados, que fijaba la pena capital para los supuestos de homicidio, con las prescripciones de la CADH.

Corresponde consignar que dicho instrumento internacional no veda de manera tajante o directa a la pena de muerte. Luego de efectuar, en su tramo inicial (inciso 1), un reconocimiento bastante peculiar al derecho a la vida («Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»), realiza una morigeración de la pena capital en su inciso 2:

«En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente».

Luego, en cuatro incisos más, la norma trae otras especificaciones sobre la pena de muerte, que no formaron parte de este litigio. Al contrario, la litis que involucraba a Barbados se centraba en determinar si la legislación interna del Estado aplicada a los recurrentes vulneraba ciertas disposiciones convencionales, fundamentalmente el ya indicado artículo 4.2 de la Convención.

El gobierno de Barbados alegó —en su defensa— que una interpretación textual o gramatical de la disposición que hemos examinado, conducía a determinar la validez del artículo 2 de la Ley citada. Por otra parte, la Constitución de Barbados prevé en su artículo 26 que las leyes pre-

constitucionales vigentes no son susceptibles de inconstitucionalidad sobreviniente («saving of existing law»).

Se establece de ese modo una «regla de exclusión» que impide analizar la legislación colonial. Sin embargo, y tal como la había sostenido en un caso anterior respecto de una cláusula análoga de la Constitución de Trinidad y Tobago<sup>16</sup>, esa disposición resulta inoponible en el contexto de la CADH, lo cual autorizaba a la Corte al examen integral de la cuestión.

Asimismo, en *Heliodoro Portugal c. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, la Corte Interamericana precisó, en el considerando 180 de esa decisión, que cada juzgador interno debe velar por dar a la convención «efecto útil», que es la construcción de derecho internacional público que da sustento a todo el andamiaje del «control de convencionalidad». Concretamente, ello viene a exigir que la CADH tenga virtualidad práctica.

Casos posteriores han involucrado a México («Radilla Pacheco», sentencia del 23 de noviembre de 2009), Paraguay («Comunidad Indígena Xákmok Kásek», sentencia del 29 de agosto de 2010), Bolivia («Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña», sentencia del 1 de septiembre de 2010) y nuevamente México («Cabrera García y Montiel Flores», sentencia del 26 de noviembre de 2010).

En una de sus últimas sentencias sobre el tema, la Corte Interamericana parecería delimitar con precisión el alcance de cada uno de los institutos que venimos estudiando. En efecto, al fallar en «Gómez Lund y otros c. Brasil» (sentencia del 24 de noviembre de 2010), el Tribunal regional deja sentado el «control de convencionalidad» de carácter concentrado y el difuso.

Respecto del primero, señala en su considerando 49:

«En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores. En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia de pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento Número 153 (*infra* párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana».

<sup>16</sup> Trinidad y Tobago posteriormente revocó la competencia revisora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Precisa, en cambio, el perímetro del «control de convencionalidad» difuso (que es lo que se ha venido focalizando en esta parte del estudio), al expresar en su considerando 176:

«Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control 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 correspondientes. En esta 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».

Toda vez que en esta referencia de la Corte, y en opiniones doctrinales, se habla de la «compatibilidad», más adelante analizaremos el exacto sentido de esa expresión, al analizar el derecho británico.

### 3. CONFUSIONES CONCEPTUALES

Pese a que las elaboraciones sobre control de constitucionalidad y control de convencionalidad irrumpieron en contextos y situaciones históricas bien distintas, algunas decisiones jurisprudenciales parecen haber solapado el ámbito lógico y natural en el que se mueven ambas instituciones jurídicas.

Un ejemplo de ello lo configura la Corte Suprema argentina que al decir de algunos observadores es el Tribunal latinoamericano que más acatamiento presta a las decisiones de la Corte Interamericana<sup>17</sup>.

Así, en la sentencia recaída en la causa *Julio Mazzeo* (del 13 de julio de 2007)<sup>18</sup>, el más Alto Tribunal federal adhirió a las consideraciones que la Corte de San José había realizado en *Almonacid Arellano* sobre control de convencionalidad para invalidar los indultos a quienes habían perpetrado el golpe de estado de 1976-1983. Empero, en *Videla* (sentencia del 31

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ VALLE (2009): 626.

<sup>18</sup> *Fallos*: 330: 3248.



de agosto de 2010<sup>19</sup>), la Corte argentina avanzó más en esta tesitura, expresando en el considerando décimo que:

«Cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327: 3117). Concordantemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían 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 correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones».

El aludido pasaje de este decisorio puede inducir a error, aunque en el primer segmento se esté haciendo referencia al control de constitucionalidad y en el segundo al de convencionalidad. En primer lugar, hay una confusa alusión a la discusión de la inconstitucionalidad de oficio, con el críptico enunciado «más allá de las opiniones individuales» de los jueces que integran el Tribunal. En efecto, esas opiniones son las que deberían contar a la hora de conformar una decisión sobre un tema determinado, y no una suerte de «disyunción» entre lo sostenido en sede teórica, por ejemplo, y en sede sentencial.

Pero es el extraño ensamble con el segundo párrafo («concordantemente»), con lo que se logra mezclar ambas instituciones (quizá efectuado a la luz del mentado debate sobre la función oficiosa del juez). Parecería de la transcripción realizada que ambos institutos, si bien no son idénticos, son parecidos.

#### 4. EL LLAMADO «CONTROL DE COMPATIBILIDAD»

Tal como se sabe, Gran Bretaña rehuyó la posibilidad de adoptar una constitución codificada. La famosa «Revolución Gloriosa» del año 1688

<sup>19</sup> Fallos: 333: 1657.

instauró la soberanía del Parlamento, que pasó a ser un ingrediente central del llamado «modelo de Westminster».

El dictado de la Declaración de Derechos de 1689 fue producto de transacciones tácticas en las fuerzas que condujeron la Revolución. Finalmente,

«Varias de las trece cláusulas de la Declaración especificaron nuevas limitaciones a la autoridad real —por ejemplo, prohibiciones a tener un ejército permanente en tiempos de paz, el requerimiento de que el Parlamento se reuniese con mayor frecuencia, y la estipulación que las fianzas excesivas no serían solicitadas al acusado».<sup>20</sup>

La formulación del principio de soberanía parlamentaria quedó estampada en la clásica obra de A.V. Dicey, la más célebre del derecho constitucional británico y que data de 1885, de la siguiente manera, en el sentido de que el Parlamento

«tiene el derecho, bajo la constitución inglesa, de hacer o deshacer cualquier ley; y, además, que ninguna persona o cuerpo se encuentra reconocido por la ley de Inglaterra de tener un derecho para anular o dejar sin efecto a la legislación del Parlamento».<sup>21</sup>

Esa pauta quedó firmemente establecida a lo largo del tiempo. En las últimas décadas del s. XX, se había empezado a insinuar un incipiente contralor jurisdiccional al obrar administrativo<sup>22</sup>. En términos más radicales, y como parte del paquete de medidas constitucionales<sup>23</sup> implementadas por el llamado «Nuevo Laborismo» de Tony Blair, el Parlamento británico sancionó en 1988 la «Ley de Derechos Humanos». Este instrumento mantiene o preserva el principio basal de soberanía parlamentaria, pero la emparenta en una suerte de acuerdo o conciliación con los postulados del contemporáneo Estado de Derecho, que parte de la premisa del control jurisdiccional de los actos de los poderes políticos. Al decir de Bogdanor<sup>24</sup>,

«La efectividad del acuerdo depende de un sentido de restricción de parte tanto de jueces como del Parlamento. Si los jueces fuesen a invadir la esfera política y hacer a la justicia suprema sobre el Parlamento, habría gran resentimiento de los ministros y legisladores. Los jueces serían acusados de transformar el control judicial en supremacía judicial. A la inversa, si el Parlamento ignorase una declaración de incompatibilidad proferida por los jueces, y se negara a derogar o

<sup>20</sup> PINCUS (2009): 293.

<sup>21</sup> DICEY (1996): 38.

<sup>22</sup> GRIFFITH (1997): 46.

<sup>23</sup> CARNOTA (2005): 75.

<sup>24</sup> BOGDANOR (2009): 69.

reformular la ley infractora en todo o en parte, la Ley de Derechos Humanos habría probado ser de escaso valor. De ese modo, la Ley de Derechos Humanos, a la vez que les da a los jueces un rol más importante en cuestiones de derechos humanos, procura asegurar un compromiso con los derechos por los representantes del pueblo en el Parlamento con el objetivo de asegurar una cultura de los derechos humanos».

En relativamente poco tiempo, sin embargo, se han mostrado los efectos de la Ley de Derechos Humanos como código de los mismos<sup>25</sup>, y su papel transformador en las relaciones de poder en el Reino Unido (de los jueces con el Ejecutivo y con el Parlamento). Se ha evaluado que:

«Gran Bretaña se encuentra en proceso de convertirse en un estado constitucional, signado por los frenos y contrapesos entre los diferentes órganos de gobierno, y un estado en el cual la judicatura tiene ahora un rol crucial que jugar en la determinación de los derechos individuales y en fijar los alcances de la acción gubernamental. Es el comienzo de la transformación de Gran Bretaña en estado constitucional lo que conforma la significación más profunda de la era de la reforma constitucional»<sup>26</sup>.

Obviamente, la aparición en escena de la Ley de Derechos Humanos ha cambiado el panorama de los operadores de este sistema político:

«La nueva Declaración Británica de Derechos (Ley de Derechos Humanos de 1998) ha extendido indudablemente el rol de los jueces del Reino Unido; pero expresamente mantiene el principio de la soberanía parlamentaria y dice que los jueces no pueden dejar de lado a las leyes del Parlamento cuando entren en conflicto con la Ley de Derechos Humanos; los jueces sólo pueden indicar esos conflictos y dejar que el Parlamento los resuelva»<sup>27</sup>.

¿Cómo se origina la aparición en escena de la Ley de Derechos en Gran Bretaña? Se han ensayado múltiples explicaciones al respecto, pero debe quedar en claro que:

«Lo que condujo a la llamada ‘revolución de los derechos’ en el Reino Unido fue la movilización jurídica para arrimar casos a los tribunales y una judicatura atenta y receptiva a esos reclamos»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> BRAZIER (2008): 133.

<sup>26</sup> BOGDANOR (2009): 289.

<sup>27</sup> GRANT (2009): 184.

<sup>28</sup> VOLCANSEK (2010): 212.

Sin embargo, hubo factores adicionales que llevaron a la conclusión de este proceso. Tal como explica Erdos<sup>29</sup>:

«El debate de la declaración de derechos en el Reino Unido en general y la génesis de la Ley de Derechos Humanos en particular sigue la amplia lógica de la Tesis del Gatillo Postmaterialista (TGP). Ambos se han estructurado no sólo sobre factores contextuales de desarrollo sino también por factores episódicos de gatillo. En relación con los factores contextuales, el interés en sancionar un catálogo nacional de derechos primeramente emergió hacia fines de los sesenta; estuvo relacionado con la aparición de un lobby de derechos posmateriales preocupado por las libertades civiles y la igualdad social... En adición a este factor de derechos posmateriales, la participación del Reino Unido en el sistema transnacional europeo de derechos humanos incentivó a la formalización doméstica de los derechos humanos. También influyó fuertemente en el contenido sustantivo de la Ley. Sin perjuicio de la importancia de estas fuerzas en el contexto, sin embargo, la naturaleza esporádica de interés político en la génesis de la catalogación de derechos refleja en general los factores de gatillo que operan especialmente a nivel de las elites políticas... hacia los noventa, un claro gatillo político apareció en la izquierda de la política británica incluyendo al Partido Laborista. Diecisiete años en la selva política bajo un gobierno Conservador ampliamente percibido como anti-liberal y autoritario hizo que los laboristas se acercaran a los liberales (ahora rebautizados Liberales Demócratas), y que finalmente abrazaran la necesidad para mayores frenos y contrapesos en el ejecutivo».

Como todo producto legislativo, la Ley de Derechos Humanos fue reflejo de compromisos políticos. Así, ha habido fuerzas políticas británicas (hoy, por ejemplo, que integran la coalición de gobierno) que han resistido fuertemente a esta normativa con reminiscencia europea, optando eventualmente por una futura preceptiva vernácula sobre este tópico (Tal, por ejemplo, la opinión de David Cameron en su momento cuando era Jefe de la Oposición).

La notoria ambigüedad de la Ley de Derechos Humanos se aviene a la perfección con el carácter «histórico-tradicional» y de «prueba y error» que ha tenido proverbialmente el constitucionalismo británico. Ese pragmatismo hace, por ejemplo, que esta Ley no se encuentre «atrincherada» («*entrenched*») en el ordenamiento jurídico británico, sino que puede ser alterada o reformada por los procedimientos parlamentarios normales<sup>30</sup>, como cualquier otra ley.

<sup>29</sup> ERDOS (2010): 124.

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 4 de la Ley de 1998,

«Si el tribunal está convencido de que la regla es incompatible con un derecho fijado en la Convención, puede hacer una declaración de esa incompatibilidad».

Como puede apreciarse, la norma legal confiere un carácter notoriamente declarativo a la tarea del juzgador, máxime cuando según el inciso 6 del mismo dispositivo,

«Una declaración bajo este capítulo (“declaración de incompatibilidad”): a) no afecta la validez, efecto continuo o ejecución de la regla sobre la que se expide; y b) no vincula a las partes en el procedimiento en la cual se efectúa».

Ese cariz declarativo y no ejecutivo de la inspección de compatibilidad es la que mejor se avenía con la desconfianza que en general el ‘modelo de Westminster’ profesa hacia los jueces en su relación con las normas que dicta el Parlamento. Lo central en este esquema es la pervivencia de las disposiciones sancionadas por el legislador, que representa al electorado. Concebido de este modo, entonces, el examen de compatibilidad no irroga el gran costo que representaría invalidar actos legislativos y privarlos de eficacia en relación con las partes del litigio.

Hoy en día se manifiesta una tensión entre la tradicional «soberanía parlamentaria» y la normativa comunitaria europea, al punto tal que en algún momento,

«la teoría tendrá que eventualmente reflejar la realidad contemporánea que el Parlamento del Reino Unido no tiene más el poder absoluto, sino que opera en cambio dentro de una arquitectura constitucional pan-europea cuya supremacía es el precio por participar en la Unión Europea»<sup>31</sup>.

Dentro del contexto del llamado «modelo de Westminster», la aplicación judicial de una Declaración de Derechos no es algo sencillo de deglutir, en la medida en que pudiese colisionar con la soberanía parlamentaria. En definitiva, lo que obliga la Ley de Derechos Humanos es un «mandato interpretativo aumentado»<sup>32</sup>: los jueces deben interpretar las leyes «de conformidad» con los derechos humanos; cuando esa tarea de armonización no es factible, podrán emitir una declaración de incompatibilidad.

Estos recelos han hecho incluso que en algunos sistemas políticos con filiación en el «modelo de Westminster», hayan diferido «sine die» la adop-

<sup>30</sup> HARRISON y BOYD (2006): 80.

<sup>31</sup> ELLIOTT (2004): 554.

<sup>32</sup> TUSHNET (2008): 27.

ción de una «carta» o «catálogo de derechos» como ha acontecido —a nivel federal— en Australia. Hasta ahora, la experiencia más exitosa en punto a la enunciación de los derechos fundamentales dentro del modelo de Westminster parece ser el caso canadiense. Sin embargo, la Constitución canadiense de 1982 prevé un peculiar mecanismo de excepción, la llamada «notwithstanding clause», inserta en el artículo 33 de este documento, y que reza en sus tres primeros incisos:

«inciso 1): El Parlamento o la legislatura de una provincia puede adoptar una ley en la que expresamente se declare que ella o una de sus disposiciones posee efecto independientemente de una disposición determinada del artículo 2 o de los artículos 7 a 15 de la presente Carta. Inciso 2): La ley o la disposición que resulte el objeto de una declaración conforme el presente artículo, y que esté en vigor, tendrá el efecto que ella prevé salvo disposición en contrario de la Carta. Inciso 3): La declaración referida en el párrafo (1) cesa de tener efecto en la fecha en la que ella precise o, a más tardar, cinco años después de su entrada en vigor...».

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta evidente, pues, que estamos frente a tres supuestos susceptibles de ser bien diferenciados. Por un lado, tenemos como hipótesis máxima de intensidad de contralor, al «control de constitucionalidad», que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la Norma Fundamental, ya en su vertiente concentrada o difusa, y que puede ir desde su derogación *erga omnes* en el primer caso hasta la inaplicación para el caso concreto, en el segundo. Por el contrario, el «control de convencionalidad» se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado. En un sentido técnico, finalmente, el control de compatibilidad aparece como un mecanismo de alcance mucho menor, que se ciñe a declarar la sintonía de la norma interna con la internacional, sin ningún otro efecto mayor.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANOR, Vernon (2009), *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing.
- BRAZIER, Rodney (2008), *Constitutional Reform (Reshaping The British Political System)*, Oxford, Oxford University Press.
- CARNOTA, Walter F. (2005), «Evolución Constitucional Británica», en *Revista Jurídica del Perú*, número 64, Trujillo.

- CLINTON, Robert L. (1989), «Precedent as Mythology: The Case of ‘Marbury v. Madison’», en *Yearbook of the Supreme Court Historical Society*, Washington, D.C.
- DICEY, Albert Venn (1996), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan.
- DORSEN, Norman y otros (2003), *Comparative Constitutionalism (Cases and Materials)*, St.Paul, Thomson-West.
- ELLIOTT, Mark (2004), «Parliamentary sovereignty under pressure», en *International Journal of Constitutional Law*, New York, volumen 2, número 3.
- ERDOS, David (2010), *Delegating Rights Protection (The Rise of Bills of Rights in the Westminster World)*, New York, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009), *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, Madrid, Dykinson S.A.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2008), *Derecho Procesal Constitucional (Origen Científico 1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2010), «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALADES, Diego, *Formación y perspectiva del Estado en México*, UNAM y El Colegio Nacional, México.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2009), *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*, Lima, IDEMSA.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2009), «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, número 13.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe (2009), «La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano», en ALMQVIST, Jessica, y ESPOSITO, Carlos, *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GRANT, Moyra (2009), *The United Kingdom Parliament*, Edinburgo, Edinburgh University Press.
- GRIFFITH, J.A.G. (1997), *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana Press.
- HARRISON, Kevin, y BOYD, Tony (2006), *The Changing British Constitution*, Edinburgo, Edinburgh University Press.
- KUTLESIC, Vladan (2009), *Les Constitutions Postcommunistes européennes (Étude de Droit Comparé de neuf états)*, Bruselas, Bruylant.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2009), «La utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos», en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima.
- HITTERS, Juan Carlos (2008), «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Control de constitucionalidad y convencionalidad)?», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 10.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007), «Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano», en *Revista de Derecho* número 2, Montevideo.
- PINCUS, Steve (2009), *1688: The First Modern Revolution*, New Haven, Yale University Press.

- REY CANTOR, Ernesto (2007), *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Ediciones Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- REY CANTOR, Ernesto (2009), «Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes», en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, tomo II.
- SAGUES, Néstor Pedro (2004), *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, México, Editorial Porrúa.
- SAGUES, Néstor Pedro (2009), «El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, tomo B, Buenos Aires.
- SCHWARTZ, Herman (2000), *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, The University of Chicago Press.
- TUSHNET, Mark (2008), *Weak Court, Strong Rights (Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law)*, Princeton, Princeton University Press.
- VOLCANSEK, Mary L. (2010), «Blurring Sovereignty (The Human Rights Act of 1998 and British Law)», en JACKSON, Donald W.; TOLLEY, Michael C., y VOLCANSEK, Mary L. (Editores), *Globalizing Justice (Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms)*, Albany, State University of New York Press.