



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (DERECHO CONSTITUCIONAL)

Luis Castillo-Córdova

Italia - México, 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2013). Control de convencionalidad (Derecho constitucional). En M. Álvarez y R. Cippitani (Coord.), *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica* (pp. 81-87). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterrey, Università degli studi di Perugia.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad es una herramienta jurídica surgida en el seno de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante CIDH). Un entendimiento cabal de la misma exige que se la estudie dentro del marco dogmático del Estado de derecho. Según la tradición jurídica en la que nos coloquemos, del *common law* o del *civil law*, el concepto de Estado de derecho adquiere matizaciones. En el primer caso, el derecho al que se ha de sujetar los poderes públicos, es uno que se inspira en criterios de justicia natural, equidad y juego limpio¹, formulando reglas jurídicas basadas fuertemente en la naturaleza y en la razón². La vinculación efectiva no solo a las leyes³, sino a todas estas reglas jurídicas estrechamente ligadas a la naturaleza y a la razón ha generado el *rule of law*⁴, como modalidad del Estado de derecho. Los países latinoamericanos no somos herederos de esta tradición jurídica, sino más bien de la segunda mencionada, por la que conviene detenerse más en ella.

II. EL ESTADO DE DERECHO EN LA TRADICIÓN EUROPEA CONTINENTAL

En la tradición de la Europa continental, es posible diferenciar dos modalidades: el Estado de derecho legal y el Estado de derecho constitucional

A. Estado de derecho legal

En la tradición del *civil law* es posible diferenciar un derecho entendido como la conjunción entre justicia natural y disposición positivada; de un derecho entendido exclusivamente como disposición positivada. En el primer caso, hay una clara influencia del Derecho romano no solo en el fenómeno codificador, sino también en la vinculación del Derecho con el *Ius* y con la *Iustitia*⁵, que inexorablemente vinculaba lo justo con principios de derecho natural⁶.

¹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM, México D. F., 2010, p. 217.

² BRAND, Jürgen, "La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 2006, Tomo I, p. 43.

³ En este caso, "la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el 'common law' nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones". ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 25.

⁴ Aunque esta expresión se conocía ya desde el siglo XVI, fue el jurista británico Albert Dicey quien la popularizó desarrollándola como concepto, particularmente en su obra *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, aparecida en 1885.

⁵ El Digesto se inicia definiendo el derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*); D. 1, 1, 1.

⁶ En Roma, se ha dicho con acierto, "lo que se hizo fue complementar el derecho originalmente de raigambre religiosa o bien bien crear un derecho completamente nuevo, de acuerdo con la voluntad del pueblo en su conjunto, pero sin olvidar que además de estas reglas formuladas por seres humanos existía un canon de leyes



En el segundo caso, el Derecho se circunscribe estrictamente a lo positivado, descartándose toda relevancia jurídica a principios de justicia natural⁷; aquí, “la validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia”⁸.

Si bien es cierto estos dos casos son compatibles con la concepción de un Estado de derecho basado en la ley⁹, no es menos cierto que es con el segundo que alcanza relevancia no solo teórica sino también histórica. El Estado de derecho legal o Estado legal de derecho puede ser definido a partir de dos elementos que en su conjunto permitieron que “[e]l lugar del derecho tradicional pas[ar] a ser ocupado cada vez más por el derecho legislado”¹⁰. Uno es el papel que juega la ley positiva en el sistema jurídico: ésta es el fundamento de juridicidad porque la ley es tenida como “acto normativo supremo e irresistible al que (...) no es oponible ningún derecho más fuerte”¹¹; consecuentemente, la ley se convierte en criterio de existencia y validez jurídica¹². El otro elemento es el concepto meramente formal de lo que era ley. Esta se definía como aquella decisión adoptada por el órgano competente siguiendo el procedimiento legislativo previsto¹³. Como el concepto de Ley era meramente formal, y lo jurídicamente válido lo definía la Ley, entonces, el concepto de Derecho fue uno estrictamente formal.

Estos dos elementos supusieron que lo jurídico no tuviese relación alguna con elementos jurídico materiales, lo que acarrió que surgiesen regímenes más que absolutos¹⁴, los que

no escritas que exigían ser respetadas independientemente de las circunstancias sociales, políticas y económicas particulares”. BRAND, Jürgen, “La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho”, ob. cit., p. 38.

⁷ Es decisiva en este punto la influencia ejercida por Kelsen particularmente con su *Teoría pura del Derecho*. Como bien se sabe, esta obra tuvo por finalidad desarrollar unos presupuestos teóricos exentos (en este sentido, “purificados”), de todo elemento que jugase en contra de la objetividad y exactitud exigidas por toda ciencia para ser considerada tal. Así, queda descartada toda referencia a los principios de justicia natural, los cuales por sí mismos carecen de existencia jurídica, por lo que su consideración hacía impuro (“ensuciaba”) el Derecho.

⁸ KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto, y otros, *Crítica al Derecho Natural*, Taurus, Madrid 1966, p. 33.

⁹ En el primer liberalismo, la determinación del contenido de los derechos “buscaba asemejarse al derecho natural”. LANCHEROS-GAMÉZ, Juan Carlos, “Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la Dignidad Humana”, en *Dikaion*, año 23, número 18, Diciembre del 2009, p. 253.

¹⁰ BRAND, Jürgen, “La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho”, ob. cit., p. 52.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., Trotta, Madrid 2007, p. 24.

¹² Se afirma el principio de legalidad “como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente”. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid 2003, p. 16.

¹³ El Estado legal de derecho “identifica plenamente el Derecho con la ley, a la que define formalmente como un acto de voluntad del Parlamento sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos”. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español”, en *ILANUD, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, año 9-10, números 23-24, p. 11.

¹⁴ Los regímenes como el de la Alemania Nazi o el de la Italia fascista, actuaron en la práctica sin límites verdaderos, de otra forma no hubiesen podido cometer las atrocidades en las que incurrieron. Ni tan siquiera Bodin, como teórico del absolutismo, habría justificado semejantes cotas de poder irrestricto, pues era esencial

desprendidos de cualquier limitación material, decidieron formalmente injusticias manifiestas a las que se les reconoció validez y eficacia jurídica. Este fue el punto de declive del Estado legal de derecho: atender como Derecho vinculante y exigible decisiones formalmente legales y materialmente injustas. El derecho no había conseguido limitar al poder, lo que exigió una urgente y profunda reformulación¹⁵.

B. Estado constitucional de derecho

Esta reformulación supuso una transformación radical, un “auténtico cambio genético”¹⁶ en las bases del destruido Estado legal de derecho; cambio que tuvo un elemento esencial en su configuración: volver a vincular el derecho a los contenidos materiales de justicia. El derecho no se construiría sólo desde las disposiciones positivadas, sino que se volvía a reconocer la existencia de un ámbito jurídico previo y superior al derecho positivado. El derecho, por su relación intrínseca con lo justo, exigía desde su propia esencia una vinculación fuerte a contenidos materiales de justicia. Este fue el primer elemento en la recomposición del concepto de Estado de derecho.

Este primer elemento no era incompatible con la idea de seguir reconociendo a la Ley como la primera fuente de juridicidad positivada¹⁷. Así, se habría superado las deficiencias del Estado legal de derecho positivo si manteniendo la fuerza en la Ley, solo se reconocería como Ley jurídicamente válida aquella que no negaba exigencias de justicia natural, es decir, aquella que reconocía y se ajustaba a un derecho superior y anterior al derecho positivo. No obstante, la ley había caído en desgracia por los excesos en que se incurrió en el Estado legal de derecho positivo. A ello había que añadir la gran influencia que adquirió la teoría Kelseniana en el sistema del *civil law* por la que se reconocía que en la cúspide normativa del sistema jurídico se encontraba la Constitución. Estas dos razones abogaron decisivamente para reconocer a la Constitución como primera fuente de juridicidad

a la república el *recto gobierno*, es decir, el Monarca no podía ir en contra de las leyes de Dios, de la naturaleza o de “ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos”. *La República*, Libro I.

¹⁵ Por esta razón el llamado Estado legal de derecho en estricto no fue un verdadero Estado de derecho porque convalidó el ejercicio absoluto del poder legislativo (y del Ejecutivo al que se sometía). Ocurrió que “[e]n la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 25.

¹⁶ *Idem.*, ps. 33–34.

¹⁷ Un Estado de derecho real y efectivo no exige necesariamente que la Constitución sea reconocida como jerárquicamente superior a la Ley. Es el caso del derecho inglés, en el cual la soberanía la retiene el Parlamento, el cual podría teóricamente derogar los contenidos constitucionales. Sobre la soberanía del Parlamento véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, ob. cit., ps. 117 y ss.



positivada en reemplazo de la Ley. Este fue el segundo elemento en la recomposición del concepto Estado de derecho.

Estos dos elementos conforman la base sobre la que se construye el nuevo modo de entender el Estado de derecho: el poder se sujeta al derecho, y el derecho tiene su punto de partida en la Constitución. Por esta razón esta modalidad de Estado de derecho se le conoce como Estado constitucional de derecho¹⁸. El Estado constitucional de derecho no significó la anulación del Estado legal de derecho, sino más bien su perfeccionamiento¹⁹.

La completa superación de las aporías y deficiencias del Estado legal de derecho dependerá del concepto de Constitución que se haga valer. Tal necesariamente ha de ser uno material. Si la Constitución se define solo desde parámetros procedimentales, no se habrá abandonado las malévolas oscuridades del Estado legal de derecho. Una consideración material reclama la definición de la Constitución como instrumento de fijación de los principios de justicia material²⁰. Tales principios son los derechos humanos constitucionalizados²¹ que conforman el contenido axiológico de la Constitución²², a través del cual se formulan los valores básicos de una sociedad que han de ser asumidos y seguidos como fin, tanto por el poder político como por los particulares²³, llegando incluso a justificar del poder político verdaderas obligaciones de acción²⁴. Esto permite hablar de orden jurídico materializado (*materialisierte Rechtsordnung*)²⁵, y con ello la materialización de la ley. La

¹⁸ Aunque habrá que dejar dicho desde ya que incluso se ha llegado a afirmar la actual crisis del Estado Constitucional. Así, se tiene dicho que “un tercer cambio de paradigma: después del Derecho jurisprudencial, el Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de Derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales”. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trota, Madrid, 2003, p. 27.

¹⁹ El principio de legalidad no desaparece, sino que se complementa con el principio de constitucionalidad: la Ley, y en general toda actuación del poder público y privado, tendrá validez jurídica solo cuando se ajusta a la Constitución.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 93.

²¹ MESSNER, Johannes. *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik. Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4. Auflage, Tyrolia–Wien–München, 1960, p. 386. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 44.

²² No es extraño, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el tratamiento de las normas de derechos fundamentales como “decisiones valorativas jurídico constitucionales” (*verfassungsrechtliche Wertentscheidungen*) BVerfGE 103, 89 (100); o como “orden valorativo vinculante” (*wertgebundene Ordnung*) BVerfGE 49, 24 (56).

²³ ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trota, Madrid, 2003, p. 34.

²⁴ Es la justificación del reconocimiento de una dimensión jurídico–objetiva en el contenido de los derechos fundamentales, la misma que se despliega en tres grupos “a) la fuerza de irradiación; b) organización y procedimiento, participación y prestación así como obligaciones de protección”. DREIER, Horst, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 2003, p. 42.

²⁵ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 5ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 300.

ley en el Estado constitucional no es una ley definida solo desde parámetros formales, es también una decisión llamada a hacer realidad exigencias materiales de justicia.

III. ¿ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO?

Se acepta que en la tradición de la Europa continental se ha pasado de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho, con el significado apretado mostrado páginas atrás. Es en este punto que corresponde formular la siguiente cuestión: ¿es posible sostener la evolución del Estado de derecho desde un Estado constitucional a un Estado convencional de derecho? Una respuesta afirmativa exige reconocer que la Constitución ha sido desplazada por la Convención o tratado internacional sobre derechos humanos como primera fuente de juridicidad. De ser este el caso, se ha de reconocer cumplidas las dos exigencias siguientes. Primera, que la Convención internacional positiviza las exigencias de justicia que como derechos humanos se formulan en torno a la Persona; y segunda, se ha de reconocer que con base en ese contenido positivado, la Convención –y no la Constitución–, define lo que es jurídicamente válido en el seno de un Estado²⁶.

La primera exigencia se cumple precisamente desde que se trata de convenciones o tratados sobre derechos humanos. Son acuerdos internacionales destinados a plasmar en un documento el reconocimiento general de las exigencias de justicia que significan los derechos humanos²⁷. Sobre la segunda exigencia, es posible reconocer que al menos en el sistema interamericano sobre derechos humanos, han sido presenciadas dos situaciones que parecen confirmar que la Convención se superpone a la Constitución a la hora de definir lo jurídicamente válido. La primera situación es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) se ha superpuesto a la Constitución nacional cuando de ambas han brotado mandatos o normas contradictorias. Fue el caso en el que la CIDH, concluyó como hecho probado que “[e]l artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un ‘sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica’ ”²⁸, por lo que resolvió que el Estado chileno había vulnerado

²⁶ La validez de la actuación del poder ya no dependería de la ley (control de legalidad), ni de la Constitución (control de constitucionalidad), sino de su ajustamiento a la Convención (*control de convencionalidad*). De esta manera, la cosa juzgada en las decisiones jurisdiccionales ya no se configuraría ni de la ley (cosa juzgada legal), ni de la Constitución (cosa juzgada constitucional), sino de la Convención (cosa juzgada convencional).

²⁷ Es posible reconocer en estas convenciones también la fijación de principios de justicia material conformantes de un contenido axiológico vinculante que materializa el orden jurídico al que va dirigido, tal y como ocurría con la Constitución del Estado constitucional.

²⁸ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia del 5 de febrero del 2001 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 60.a.



la CADH y decidió que “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’ ”²⁹. Decisión de la CIDH que llevó a la reforma constitucional del mencionado artículo 19.12 a. Si la CADH se superpone a la Constitución, entonces se superpone también a toda norma infraconstitucional de un Estado, de modo que de todo el ordenamiento jurídico se predica el deber estatal de adecuación a las exigencias de la CADH (artículo 2)³⁰.

La segunda situación ha sido consecuencia necesaria de la primera: las decisiones de la CIDH se superponen a las del Tribunal Constitucional o Corte Suprema de un Estado, al punto que las primeras pueden dejar sin efecto a las segundas. En este contexto, las interpretaciones iusfundamentales que emplee el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad que realice, no pueden ser contrarias a las interpretaciones formuladas por la CIDH en el *control de convencionalidad* que ella efectúa desde la CADH. Esta vinculación ha sido, por ejemplo, reconocida por el propio Tribunal Constitucional peruano, el cual ha hecho suyo el criterio jurisprudencial de la CIDH del que “se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional”³¹. En esta lógica, el poder público del Estado peruano no puede desenvolverse válidamente desde el punto de vista jurídico, si no se conduce por los cauces iusfundamentales que le dibuja la CADH y la jurisprudencia de la CIDH.

IV. DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Más, independientemente de que se haya o no consolidado un cambio de paradigma en el significado actual de Estado de derecho, lo cierto es que en este marco dogmático aparece el llamado control de convencionalidad, creación particularmente exitosa de la jurisprudencia

²⁹ Idem, párrafo 103.4.

³⁰ Tiene interpretado la CIDH sobre este deber que “[c]iertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”. Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre del 2006 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 172.

³¹ EXP. N.º 00007–2007–PI/TC, citado, F. J. 25 y 26.

de la CIDH, la misma que ha tenido eco en las jurisdicciones nacionales latinoamericanas³². Aquí por razones de espacio solo se mostrará el juicio de convencionalidad desde la jurisprudencia de la CIDH.

La expresión control de convencionalidad ha sido acuñada por la CIDH en su jurisprudencia de manera que hoy en día es posible calificarla de criterio jurisprudencial plenamente asentado. La primera vez que en una de sus sentencias se aludió al control de convencionalidad fue en un voto concurrente del Magistrado Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003), y en el cual se manifestó la idea que era consustancial a la jurisdicción de la CIDH, la existencia de lo que llamó “control de convencionalidad”, el cual venía a exigirse de la actuación del Estado considerado como una unidad y no sólo predicado de alguno de sus órganos³³.

Años más tarde, esta vez en el texto de la sentencia misma, la CIDH tiene la oportunidad de proponer una definición de control de convencionalidad. Fue en la sentencia que resolvió el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), en la que se manifestó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la *Convención Americana*, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque *los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe

³² Por ejemplo, para un estudio de la influencia en la jurisdicción mexicana véase FERRER MC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 - 622.

³³ Textualmente se afirmó que “[p]ara los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso *Mack Chang Vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 27.



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”³⁴.

Esta “especie de control de convencionalidad”, meses después se complementó en su definición cuando en la sentencia al caso Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú, manifestó la CIDH que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”³⁵.

Estos dos son los relevantes pronunciamientos de la CIDH³⁶ en el reconocimiento del control de convencionalidad que permiten concluir los elementos que conforman el control de convencionalidad. Así, se ha de destacar los siguientes tres: a. se crea la obligación jurídica a los jueces de velar por la vigencia de la Convención inaplicando leyes que siendo constitucionales, la puedan contravenir; b. el parámetro de control no solo serán las disposiciones convencionales sino también las interpretaciones que de las mismas haya presentado la CIDH en su jurisprudencia; c. el objeto de control es referido como “las normas internas”, las cuales no solo se limitan a las leyes sino que abarca toda decisión normativa, incluso la Constitución misma³⁷.

Estas conclusiones hablan a las claras de que en el fondo el control de convencionalidad previsto en la jurisprudencia de la CIDH parte de reconocer que el Estado de derecho no es más uno constitucional y a pasado a ser uno convencional. Por eso, incluso, se ha admitido

³⁴ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 124.

³⁵ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 128.

³⁶ Otros pronunciamientos de la CIDH en los que pone de manifiesto el control de convencionalidad son

³⁷ El control incluso podría abarcar a la Constitución misma, desde que es posible justificar la existencia de normas constitucionales injustas. Cfr. CASTILO CÓRDOVA, Luis, “La Constitución como objeto de control constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, ps. 273-283.

en la doctrina que el control de convencionalidad es concentrado en el seno de la CIDH y difuso en las jurisdicciones nacionales³⁸; y que existe una relación jerárquica entre la Convención y la Constitución a favor de la primera³⁹.

Sin embargo, esto es bien discutible. Solo se avanzará ahora a decir que no hay fuerza en las razones que se proponen para justificar que la Convención ha desplazado a la Constitución de modo que aquella prevalece sobre ésta. La relación entre el derecho internacional sobre derechos humanos y el derecho constitucional sobre derechos humanos, no ha de ser de jerarquía sino de armonización⁴⁰, la cual se logrará con éxito si se basa en la posición jurídica de la Persona como inicio y fin del derecho⁴¹. Así, un tribunal nacional justificadamente no aplicará la CADH o la interpretación que de ella ha formulado la CIDH, si finalmente justifica que tales disposiciones o interpretaciones resultan siendo injustas en el caso que tiene que resolver; o encuentra que una interpretación del derecho constitucional interno le permite llegar a una más efectiva y oportuna protección de los derechos humanos.

También se avanzará a decir que el derecho convencional solo tiene validez y eficacia en un ordenamiento jurídico interno, si es que ha habido un acto de incorporación. La Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos ingresan necesariamente en el nivel constitucional, de modo que conforman derecho constitucional válido. Bien vistas las cosas, los jueces nacionales cuando aplican la CADH o las interpretaciones de ella formulada por la CIDH, aplican el derecho constitucional vigente. Su control siempre será, pues, de constitucionalidad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El llamado control de convencionalidad solo se entiende dentro del marco dogmático del Estado de derecho. Los poderes públicos son realidades que en su origen y desenvolvimiento se han de sujetar al Derecho. El derecho es la Ley, la Constitución y la Convención o Tratado internacional, pero siempre vinculado fuertemente a las exigencias de justicia material cuyo

³⁸ FERRER MC GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", ob. cit., ps. 559-591.

³⁹ SAGUÛÉS, Néstor, "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las Constituciones nacionales", en *La Ley*, año LXXIII, número 35, febrero del 2009, p. 3.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 10, número 2 – 2012, ps. 231-280.

⁴¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31-72.



reconocimiento ha vuelto para quedarse desde la caída del Estado legal de derecho. Desde que el derecho se ha abierto a exigencias de justicia no positivada, lo realmente trascendente es que el control de validez jurídica haga realidad la justicia. Y esta no se logra tanto jerarquizando fuentes normativas, como favoreciendo la eficacia de lo justo iusfundamental. El control de convencionalidad no ha de ser un instrumento para la aplicación formal y mecánica de la CADH o de la jurisprudencia de la CIDH, sino que ha de ser un mecanismo más que sumado al control de legalidad y al control de constitucionalidad, favorezca la consolidación de una justicia real y efectiva que promueve la máxima realización de la Persona.