

De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué propone la doctrina del control de convencionalidad? III. Control positivo o constructivo de convencionalidad. IV. La Constitución Peruana y el principio de convencionalidad.

Nota de edición: El presente artículo es la transcripción de la ponencia que el distinguido maestro y jurista argentino, Dr. Néstor Pedro Sagüés, desarrolló en la Tercera Semana de Derecho Constitucional,

(*) Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la UNL: Profesor titular Emérito, UBA. Profesor investigador y Director del Diplomado en Derecho Procesal Constitucional (UCA, sede Rosario). Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Cuenta con once doctorados honoris causa y es profesor honorario de diversas universidades iberoamericanas. Autor de Teoría de la Constitución, Elementos de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, La interpretación judicial de la Constitución, El tercer poder, Las escuelas judiciales, entre otros libros. Fue Magistrado Judicial y obtuvo numerosos premios jurídicos. Condecorado con la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú. Miembro de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y de la Academia de Derecho del Perú. Es Ciudadano Distinguido por la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, y ciudadano destacado por la Municipalidad de Rosario. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.

realizada durante los días 9 al 14 de junio de 2014, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, la asociación Ipso Iure y la Escuela de Postgrado. Hemos agregado los subtítulos para facilitar la lectura y el análisis de tan trascendente ponencia.

I. Introducción

Esta disertación va a tener un mérito muy especial. Es la última, por lo tanto, merece este trance al final de este encuentro. El tema que me convoca prosigue en lo desarrollado en algunas exposiciones, especialmente en la última. El título completo sería de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. El título es provocativo, es confrontativo, propone una nueva visualización de la Constitución, propone detenernos en el pase, en el tránsito de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. Y ¿qué significa la Constitución convencionalizada?, pues es la Constitución nacional depurada, por un lado; y complementada, por el otro, con las actuales convenciones internacionales en materia de derechos humanos, lo que implica una Constitución corregida, una Constitución en algunos casos ampliada y una Constitución en algunos casos acortada al compás del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular en nuestro caso, Perú, Argentina, México, con una Constitución conformada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es una Constitución, digamos adaptada a la doctrina del control de la convencionalidad, tesis que, voy a reconocerlo, nos va a ser masivamente acertada y no tiene motivo de ser seguida obligadamente por ustedes. Desde luego ustedes pueden coincidir con esta propuesta o pueden diferir totalmente con ella.

II. ¿Qué propone la doctrina del control de convencionalidad?

La doctrina del control de convencionalidad propone dos controles distintos, que es oportuno que ustedes, sobre todo los estudiantes, los diferencien con cuidado. La doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apareció cumpliendo primeramente un test, una función represiva, una función, si ustedes prefieren, destructiva. A través del caso Almonacid

Arellano en el año 2006, la Corte Interamericana encomendó a los jueces nacionales una función de inaplicación, de ineffectivización, de inejecución del derecho interno opuesto a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y opuesto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fíjense ustedes que esa encomienda, ese deber para los jueces nacionales, se hizo por la Corte Interamericana sin consultar a los Estados miembros. La Corte Interamericana lo hizo basándose en dos o tres principios internacionales en materia de Derechos Humanos, como el principio *pacta sunt servanda*, los pactos deben de ser cumplidos; el *principio de la buena fide*, de buena fe, los Estados deben cumplir lealmente con sus compromisos internacionales; y además, con el *principio del efecto útil*, según el cual los Estados deben adoptar las reglas de derecho interno necesarias para efectivizar los compromisos internacionales que han firmado. Sin embargo, si ustedes leen el Pacto de San José de Costa Rica, se van a encontrar que no hay ninguna norma que diga que los Estados deben cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana emitidas en casos diferentes en los que el Estado nacional no es parte. Dicho de otro modo, el Pacto de San José dice sí que Perú debe cumplir con las resoluciones, con las sentencias de la Corte Interamericana en los casos en donde Perú haya sido condenado, pero no dice que Perú deba cumplir con las directrices jurisprudenciales dictadas por la Corte Interamericana en un pleito en donde haya sido parte con Argentina, Brasil o Chile, por ejemplo. Tales obligaciones son para Perú, insisto en los procesos en donde haya sido parte, no en los procesos en donde Perú no ha intervenido.

Esta obligación de los jueces nacionales de inaplicar las normas internas opuestas incluso a sentencias o fallos de la Corte Interamericana en donde el Estado nacional no haya sido parte, ha constituido una verdadera interpretación mutativa por ampliación o por adición al texto del Pacto de San José de Costa Rica, es decir, la Corte Interamericana como intérprete final del Pacto de San José, ha entendido que los Estados están sometidos a una obligación originalmente no incluida en el Pacto de San José de Costa Rica. Ustedes dirán, pero es una transgresión jurídica, bueno, es una transgresión jurídica, pero que ocurre en las mejores familias. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos inventó el control judicial de constitucionalidad que no figura en el texto de la Constitución norteamericana. La misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso

Hard versus Cooper, allá por los años de 1950, afirmó también que sus sentencias honestamente eran la ley suprema de la Tierra y que los jueces norteamericanos debían seguir la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de cualquier expediente en donde la Corte definiera un tema constitucional, tampoco esa figura fue establecida en la Constitución estadounidense. Aquí tenemos una muestra de interpretación mutativa por adición. La interpretación mutativa por adición agrega al contenido de una norma, algo que el texto de esa norma no dice, y es un fenómeno, un episodio bastante frecuente en el curso del Derecho Comparado. Lo cierto es que nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Almonacid Arellano*, y sobre todo a partir del caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, ha obligado a todos los Estados de la región a no aplicar las normas de derecho interno, aun las normas constitucionales, opuestas al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y eso lo ha refrendado, lo ha subrayado en alrededor de veinte o más sentencias. Consecuentemente, el control de convencionalidad obliga a los jueces peruanos, como a los argentinos o a los mexicanos o chilenos, a no aplicar las reglas internas, aun las constitucionales, como digo, opuestas al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, una Constitución convencionalizada debería ser una Constitución purgada, una Constitución depurada de aquellas reglas propias de esa Constitución que colisionen con el Pacto de San José de Costa Rica o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vamos a dar luego algunos casos referidos puntualmente a la Constitución del Perú en los temas que estamos desarrollando.

III. Control positivo o constructivo de convencionalidad

En el año 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó otro principio tanto o más importante que el control destructivo o depresivo de convencionalidad, sentó el principio que podríamos llamar constructivo o positivo de convencionalidad, y ¿qué nos dice en el caso *Radilla Pacheco contra México* de ese año? Ahí, en ese caso, la Corte Interamericana explica: Los jueces nacionales, incluyendo los jueces del tribunal constitucional nacional, deben hacer funcionar todo el derecho interno, aun

el constitucional, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica también llamado Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aquí, en la etapa del cordón constructivo o positivo de convencionalidad, no se trata de inaplicar, no se trata de destruir norma nacional alguna; por el contrario, consiste en formular y hacer funcionar todas las normas internas en consonancia, de conformidad con el Pacto de San José especialmente, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿en qué se traduce prácticamente, concretamente, ese control positivo o constructivo de convencionalidad?, ¿cómo se efectiviza?, ¿cómo se ejecuta?, ¿cómo se instrumenta?, ¿cómo se aplica? Esta tarea del control constructivo o positivo de convencionalidad, es una tarea muy compleja y muy trabajosa para los jueces nacionales, la mayoría de los cuales no han asumido realmente todos los efectos y todas las consecuencias de este control positivo constructivo de convencionalidad. Vamos a dar un cuadro teórico de control positivo constructivo de convencionalidad, y después, como dije, aterrizaremos puntualmente en la Constitución del Perú.

En principio, el control positivo o constructivo de convencionalidad obliga a realizar a los jueces nacionales, un proceso de selección de interpretaciones del derecho interno, incluyendo el constitucional, ¿qué quiere decir esto?, que si una norma nacional constitucional o subconstitucional, o sea, emergente de un decreto, de una ley, de una resolución cualquiera, se presta a dos o más interpretaciones, y si de esta pluralidad de interpretaciones algunas coinciden con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otras, en cambio, colisionan o se oponen al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, entonces el juez nacional lo que tiene que hacer es usar las interpretaciones del derecho interno conforme con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y debe al mismo tiempo, desechar, o sea, tirar al tacho de basura constitucional, aquellas interpretaciones de la Constitución o de las leyes peruanas, por ejemplo, que colisionen con el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese es el primer trabajo que debe realizar el juez nacional en el ámbito del control constructivo o positivo de convencionalidad, pero no termina ahí la historia, no termina

ahí el trabajo, no termina ahí el esfuerzo del juez nacional, debe de hacer algo más, no solamente realizar un proceso de selección de interpretaciones, también tiene que ser necesario realizar un proceso de construcción de interpretaciones, y ¿qué es eso de la construcción de interpretaciones? Para eso nos viene a mano la doctrina de las interpretaciones mutativas a la que ya hicimos referencia o también llamada doctrina de las sentencias atípicas en el derecho constitucional y en derecho subconstitucional. ¿Qué significa esto?, que el juez para hacer coincidir el derecho interno con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos va, en determinadas circunstancias, a tener que agregarle algo al contenido de una norma o va a tener que restarle algo a través de una interpretación mutativa siempre con el objeto de amalgamar, siempre con el objeto de compatibilizar el derecho interno con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el caso por ejemplo que una norma nacional sea insuficiente, no opuesta al Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero insuficiente, el juez tendrá que agregarle algo por vía de una interpretación mutativa por adición o por sumatoria, y si la norma nacional incluye algo que excede, que sobrepasa, que perturba al Pacto de San José o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez nacional tendrá que restarle algo a esa norma interna constitucional o infraconstitucional por ejemplo, legal, para hacerla coincidir con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto nos lleva a un trabajo, como ustedes ven, de reciclaje, de repensamiento, de refuncionamiento del derecho interno con el Pacto de San José y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y como lo mencionado puede ser muy teórico, ahora vamos a entrar al ámbito de las aplicaciones prácticas, tomando el caso de la actual Constitución del Perú, es decir, del texto de 1993.

IV. La Constitución Peruana y el principio de convencionalidad

Dijimos que la tarea de convencionalizar una Constitución tiene una etapa destructiva por inaplicación de normas internas constitucionales, y una etapa constructiva. Vamos a la etapa de la inaplicación de normas constitucionales nacionales con base en el control destructivo o represivo de convencionalidad a la que hacíamos referencia. Tomemos, por ejemplo, el

caso del artículo 2º de la Constitución del Perú con relación a la cláusula “f”, que indica que el detenido, por una autoridad policial que fuere, debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las 24 horas o en el término de la distancia. Obviamente lo mencionado coincide con el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto a las obligaciones de la autoridad administrativa o policial que detiene para poner a esa persona, privada de su libertad, a disposición del juzgado correspondiente. Aquí no hay problema, aquí hay coincidencia, aquí no se trata de inaplicar ni se trata de realizar interpretaciones mutativas por adición o por sustracción, pero el segundo párrafo de esta cláusula constitucional peruana añade, estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de 15 días naturales. La palabra está aludiendo aquí en la Constitución, a un plazo de 15 días donde el detenido puede estar en una especie de, yo diría, tipo de los justos y no de los injustos, en donde no está automáticamente a disposición de un magistrado en los términos que requiere el Pacto de San José de Costa Rica. Bueno, esta norma constitucional resulta inaplicable en los términos del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como también por ejemplo en la norma constitucional peruana que admite en ciertos casos, y esto ya se subrayó el día de ayer, la aplicación de la pena de muerte en contradicción a ciertos dispositivos del Pacto de San José de Costa Rica que impiden aplicar la pena capital respecto de delitos que no estuvieren sancionados con esa punición antes de que el país hubiera firmado el Pacto de San José.

Bueno, vamos a entrar ahora, en casos de selección de interpretaciones de la Constitución Peruana para hacerla coincidir con el Pacto de San José de Costa Rica. Vamos a tomar el ejemplo del artículo 200º, segunda parte, cuando alude a la Acción de Amparo, programada según la Constitución para los casos en que se vulneraren derechos reconocidos por la misma. Esta norma permite estas interrogantes interpretativas: ¿Solamente tutela derechos emergentes de la Constitución?, ¿qué pasa con derechos emergentes de tratados internacionales de Derechos Humanos?, ¿qué pasa con derechos emergentes de la ley? El texto presenta una duda interpretativa, si seguimos una interpretación literal limitativa diría, bueno solamente está el

amparo peruano para proteger derechos constitucionales, no está para proteger derechos emergentes de la ley o emergentes de un tratado internacional. Sin embargo, el Pacto de San José de Costa Rica programa el amparo en el artículo 25 para tutelar derechos emergentes del Pacto de San José, de la Constitución y de la ley, es decir, el amparo interamericano en el artículo 25 del artículo de San José comparado con el amparo peruano en el artículo 200 de la Constitución, es más amplio, consecuentemente el operador nacional, el juez nacional, cuando interpreta el artículo 200, inciso 2, de la Constitución Peruana, tendrá que entenderlo, tendrá que aclarar las dudas interpretativas en torno al ámbito de cobertura del amparo peruano de acuerdo a la Constitución, en un sentido, digamos así más amplio que el que emergería de una mera interpretación literal, disipar la duda del ámbito de cobertura del amparo peruano, entendiéndolo también comprensivo de la tutela de los derechos emergentes de la Constitución, pero también de los tratados internacionales en particular de los Derechos Humanos, y también de los derechos emergentes de la ley. Gracias.

¿Cómo promover el sentimiento constitucional peruano?

LUIS ÁNGEL ROJAS TORRES (*)

“... Cuando el vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones que diseña la Constitución apenas existe o es muy débil, entonces tendremos Constitución pero no estaremos en ella. Cuando no se cumplen los contenidos del Estado Social y Democrático de Derecho entonces la Constitución es una (simple) boja de papel...”.

Pablo Lucas Verdú ⁽¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Impulsando la configuración normativa del sentimiento constitucional. III. Fomentando la anhelada educación consecuente y el simbolismo nacional. IV. Exigiendo la actuación eficaz de las instituciones públicas: disminuyendo el recelo popular y consolidando el sentimiento constitucional peruano. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

I. Introducción

La pregunta que engloba el modesto título del presente artículo académico, muestra a cabalidad y, sin duda alguna, la imperiosa y estricta ne-

(*) Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) Frase tomada de su artículo: “¿Crisis del Concepto de Constitución? La Constitución Española entre la Norma y la Realidad”, pp. 442 y 443.