

Del Estado constitucional de Derecho al Estado convencional de Derecho*

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: rigonzalezm@usma.com.pa

Recibido: 1 de enero de 2022
Aceptado: 15 de enero de 2022

Resumen

El presente trabajo explora la relación existente entre el derecho constitucional de un Estado y el “control de convencionalidad”, incluyendo las obligaciones internas e internacionales que derivan de este último, bajo el contexto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, el trabajo contiene (I) una introducción breve sobre la naturaleza y funciones de un estado constitucional, (II) la explicación de la transición de un estado constitucional de derecho a un estado convencional, (III) el análisis de la necesidad de la armonía entre el estado constitucional y el estado convencional, y unas (IV) conclusiones sobre la convencionalidad y el fortalecimiento de los derechos humanos.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, Estado Constitucional y Convencional, Responsabilidad Internacional, Adecuación del Derecho Interno, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos.

Abstract

This paper explores the existing relationship between the constitutional law of a State and the “control of conventionality”, including the international and domestic obligations that arise from the latter, under the context of the Inter-American Convention on Human Rights. To this end, the paper offers (I) a brief introduction on the nature and functions of a constitutional state, (II) an explanation detailing the transition of a state’s constitutional rule of law to a conventional rule of law, (III) an analysis establishing the necessity of a co-existence between a constitutional rule of law and a

* Trabajo inicialmente publicado en “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad” por la Procuraduría de la Administración, Departamento de Derechos Humanos.

^Ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá); Especialista en en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid); Especialista en Docencia Superior (Universidad de Panamá); Doctor en Derecho (Universidad Santa María La Antigua). Ex Secretario General del Ministerio Público de la República de Panamá. Procurador de la Administración. Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho (Universidad Santa María La Antigua); Profesor Adjunto de Derecho Internacional y Derechos Humanos (Universidad del Istmo). Autor de más de treinta títulos de su especialidad y en temáticas vinculadas al control de convencionalidad.

conventional rule of law, and, lastly, some(IV) conclusions on the topic of conventionality and the strengthening of human rights.

Keywords: Conventionality Control, Human Rights, Inter-American Convention on Human Rights, Constitutional and Conventional Rule of Law, Adequacy of Domestic Law, Inter-American System for the Protection of Human Rights.

I. Una explicación introductoria.

No cabe duda de que la instauración del denominado Estado constitucional de Derecho, tal y como hoy día se le concibe, ha significado un gran avance en cuanto a la limitación del poder del Estado se trata, así como en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Con el afianzamiento de esta modalidad del Estado de Derecho, la idea de la existencia de la Constitución como la norma de superior jerarquía se fortalece. Ello, no obstante, la evolución en procura de reconocer y garantizar nuevos derechos fundamentales no termina, en manera alguna, con los derechos así regulados en la Constitución. Se entiende, de esa manera, que de lo que se trata ahora es de ampliar tales derechos y hacerlos eficaces a lo interno de los Estados, que es lo que se busca con la aprobación de los tratados y convenciones sobre derechos humanos. Esto ha dado lugar a que haya cambiado el paradigma en cuanto a la tutela de los derechos humanos, al reconocerse la jurisdicción de protección de los derechos así regulados en dichos instrumentos internacionales. Las reflexiones que se exponen en el presente trabajo pretenden dar unas luces al respecto.

II. Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho.

Cuando en la doctrina se debate sobre lo que implica el Estado constitucional de Derecho, se está aludiendo a aquel tipo o modalidad de Estado de Derecho que se sustenta, sobre la base de la existencia de una Constitución que responde, a una concepción doctrinal concreta y que posee, además, plena eficacia normativa. Es decir, aludir al Estado constitucional de Derecho implica referirse, a un Estado que cuenta con una Constitución que responde, a su vez, a lo que se conoce como el constitucionalismo y que, como norma jurídica, la Constitución despliega su fuerza normativa a fin de garantizar, por una parte, los derechos fundamentales y, por la otra, como límite al ejercicio del poder político del Estado. A partir de ahí, ante tal supuesto, la Constitución así existente, así entendida, se impondrá sobre el resto de las otras normas jurídicas que se elaboren y aprueben en dicho Estado.

En concreto, el Estado constitucional de Derecho se fundamenta, en lo que ha venido a conocerse, como el principio de supremacía constitucional. De acuerdo con dicho principio, la Constitución, además de establecerse como norma jurídica, se le concibe como la norma jurídica de supremacía sobre todas las demás leyes y normas jurídicas del Estado.

De acuerdo con este principio, como lo anota Néstor Pedro Sagües, “el sector más significativo”, de las normas constitucionales, “goza de un rango o alcurnia superior al resto del derecho positivo: tiene supremacía, de tal modo que las normas inferiores o las conductas opuestas a él, son jurídicamente inválidas”¹.

¹ SAGÜES, Néstor Pedro (1992): *Los principios específicos del Derecho constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 27-28.

El surgimiento, establecimiento, desarrollo y consolidación del Estado constitucional vino a representar, de ahí, el cambio de todo un paradigma tanto político como jurídico. Esto es así toda vez que, a partir de ahí, se ha venido a entender, que todos los poderes constituidos del Estado constitucional, incluyendo el poder legislativo, quedarían sometidos a lo previsto en la Constitución. De esta manera, el poder político quedaba sujeto, en sus diversas formas de actuación, a lo que se tenía previsto en la Constitución, con lo que era posible garantizar, de acuerdo con unos parámetros mínimos, el ejercicio de los derechos fundamentales regulados en tal norma suprema.

Para hacer efectivo dicho principio de supremacía constitucional, se configuró, de acuerdo con distintos modelos, todo un control de la constitucionalidad. Surgió, de esa manera, lo que con el tiempo ha venido a llamarse, desde ciertos sectores de la doctrina, como la justicia o jurisdicción constitucional.

Dicho control de constitucionalidad permite, a través de un proceso jurisdiccional, poder verificar, previa confrontación entre la norma de inferior jerarquía y la Constitución, si aquélla se ajusta, o si es conforme o no con la norma suprema constitucional. De comprobarse que la norma o ley cuestionada es infractora de la Constitución, se produce la inconstitucionalidad de ésta, por lo que se hace prevalecer, de ahí, la Constitución por ser ésta la norma de superior jerarquía de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

Es esto lo que constituye la característica esencial del denominado Estado constitucional de Derecho. Un Estado que se sustenta sobre la existencia de una norma de superior jerarquía a las otras, y que se hace valer, vía el control de constitucionalidad, al objeto de hacer efectivo los límites establecidos al poder político en ella formulado, los que se hace con miras a garantizar los derechos fundamentales en la Constitución reconocidos.

De lo sucintamente expuesto y explicado, se derivan las que pudieran considerarse, como las particularidades que configuran, y permiten distinguir, lo que constituye un Estado constitucional de Derecho. Dichas particularidades podrían enunciarse de la siguiente manera:

- i) para que exista un Estado constitucional de Derecho, se requiere que se establezca previamente, una Constitución;
- ii) que dicha Constitución responda a lo que se conoce como el constitucionalismo, entendiendo por éste, toda una corriente jurídico-política, según la cual, la Constitución debe contener, toda una serie de valores y principios en base a los cuales, el poder político del Estado ha de quedar limitado y condicionado, en su ejercicio, a lo establecido en la Constitución, y además, que en esta norma de superior jerarquía, han de quedar reconocidos, toda una serie de derechos a favor de los integrantes de la sociedad, derechos que pasan a denominarse, como derechos fundamentales;
- iii) que, por razón de lo anterior, al ser la Constitución, la norma de superior jerarquía, todas las demás leyes y normas jurídicas, como la actuación de todas las autoridades del Estado, han de quedar sujetas a lo previsto en la Constitución;

iv) y que para que lo configurado en la Constitución se respete y sea eficaz, ésta ha de contar con un mecanismo jurisdiccional, que haga posible imponerla, ante todas las leyes y actuaciones que le sean contrarias, mecanismo que se conoce como el control de constitucionalidad.

Éstas, a grandes rasgos, y para los fines de las presentes reflexiones, vendrían a ser las particularidades que permiten identificar, hoy día, lo que constituye un Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, ¿qué ha venido a cambiar, con el surgimiento de lo que se conoce en la doctrina, como el control de convencionalidad? Que ahora, además del control de constitucionalidad, han de contar, tener presente y llevar a cabo los operadores del sistema de administración de justicia, un control de convencionalidad. Expresado esto, la pregunta que se impone es, ¿de qué trata y en qué consiste dicho control de convencionalidad?

Al objeto de tener una idea preliminar de lo que trata el control de convencionalidad, y que nos permita dar respuesta a la pregunta formulada, consideramos pertinente citar, lo que sobre este control nos dice el jurista paraguayo, Pablo Darío Villalba Bernié, cuando señala que:

“El control de convencionalidad constituye una noción que se ha puesto de moda en el derecho interamericano, marcando un sendero a seguir en la estela de la armonización del orden jurídico interno con el orden internacional de los derechos humanos, dos estamentos que necesitan sintonizar la misma frecuencia, y que, por medio del control de convencionalidad, si bien no podría asegurarse su compenetración irrestricta se abren surcos para que así sea en el futuro”².

A ello adiciona el citado jurista de Paraguay, al objeto de precisar la idea planteada sobre lo que es el control de convencionalidad, que:

“En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del ‘principio de convencionalidad’ ligado a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos”³.

Como se deduce de lo expuesto por el autor citado, al existir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surge, de parte de los Estados que la han ratificado, su obligación de adecuar y hacer conforme su derecho interno, a los parámetros fijados en dicha Convención en materia de derechos humanos. La obligación así contraída surge, como lo expresa el citado jurista, del “principio de convencionalidad”, mediante el cual se exige, que el derecho interno de los Estados Parte de la Convención Americana sea conforme a su contenido, lo que se establece así, a objeto de hacer efectivos y garantizar en dichos Estados, los derechos humanos en tal Convención regulados.

² VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío (2017): *Jurisdicción supranacional*. (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 509.

³ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío (2017): *Jurisdicción supranacional*. (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 509.

Esta idea tomó mayor relevancia, a raíz del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cuando en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este tribunal supranacional dejaba consignado lo siguiente:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 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.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁴.

En base al criterio doctrinal como al jurisprudencial expuesto, nos es posible contar con los elementos mínimos y necesarios como para poder dar respuesta, a la pregunta que nos formuláramos en cuanto a saber, de qué trata y en qué consiste el control de convencionalidad.

En ese sentido, el control de convencionalidad es el mecanismo mediante el cual, es posible entrar a verificar, si el derecho interno de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es o no conforme a los parámetros convencionales que sobre derechos humanos se

⁴ ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C N° 154.

establecen en dicha Convención, así como a la jurisprudencia que sobre ésta emita la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad tiene, de ahí, un objetivo claro y preciso, hacer efectivo, a lo interno de los Estados Parte de la Convención Americana, los derechos humanos, para lo cual el derecho interno del Estado de que se trate, de no ser conforme con los parámetros convencionales, deberá adecuarse, ajustarse, hacerse conforme y, de ser el caso, removerlo, no aplicarlo o derogarlo, por ser contrario o menoscabar los derechos humanos previstos en la Convención.

Lo importante y fundamental es que, a partir de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, emitida por la Corte Interamericana por razón del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, se dispuso, como se vio, que todos los jueces del Poder Judicial, 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”, y que, “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”.

En la medida en que los jueces de los Estados Parte de la Convención Americana, deben ejercer un control de la convencionalidad, ello traerá en la práctica, que éstos cuenten, además del control de constitucionalidad, como de los otros mecanismos propios que establece su Constitución, para la protección de los derechos fundamentales, este otro mecanismo que está dirigido, y tiene como propósito, proteger y por tanto garantizar, a lo interno de sus países, los derechos humanos reconocidos en la Convención. Con posterioridad al Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana ha ido delineando, desarrollando y consolidando, toda una doctrina jurisprudencial con respecto al control de convencionalidad que compete llevar a cabo, a todos los jueces del Poder Judicial de los Estados Parte de la Convención Americana.

En ese sentido, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, la Corte Interamericana, al proferir la Sentencia de 24 de noviembre del 2006, dejaba señalado lo siguiente:

“128. 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”⁵.

⁵ AGUADO ALFARO Y OTROS (“TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO”) VS. PERÚ (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 158.

En este otro criterio jurisprudencial, la Corte Interamericana deja consignado otro aspecto que resulta de suma importancia a tener presente, con relación al control de convencionalidad que han de ejercer, todos los jueces a lo interno de sus países al ser sus Estados Parte de la Convención Americana. Dicha particularidad consiste, en que el control de convencionalidad que han de poner en práctica los jueces, lo tienen que ejercer de oficio, lo que significa que no han de esperar que alguna de las partes del caso que conocen así se lo requiera.

Es decir, y acorde a lo señalado por la Corte Interamericana, un juez no tiene que esperar que alguien le solicite que ejerza el control de convencionalidad, es el juez, por razón de sus funciones, quien, por propia iniciativa, o, lo que es lo mismo, de oficio tiene que llevar a cabo el control de convencionalidad, lo que ha de hacer a objeto de hacer efectiva la Convención Americana, y con ello garantizar los derechos humanos en ésta regulados. De lo antes planteado con respecto al control de convencionalidad, y que nos permite tener, a grandes rasgos, unas ideas sobre de lo que trata dicho control, se derivan una serie de particularidades que hacen posible, poder precisar, el cambio de concepción que se produce con el establecimiento del control de convencionalidad, en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Tales particularidades podemos resumirlas de la manera siguiente:

- i) cuando un Estado ratifica un tratado o convención sobre derechos humanos, asume un compromiso que lo obliga a hacer efectivos, a lo interno de su ordenamiento jurídico, los derechos que en el tratado o convención se reconocen;
- ii) ese compromiso entraña, a su vez, el deber de parte del Estado de adecuar y hacer conforme su derecho interno, al contenido del tratado o convención, de forma que los derechos humanos así reconocidos, se garanticen acorde al objeto y fin de lo establecido en tal acto internacional;
- iii) dicho compromiso conlleva, en consecuencia, el deber de adoptar, aprobar o adecuar su derecho interno, a lo previsto en el tratado o convención y, de ser el caso, remover, derogar, suprimir o eliminar todas aquellas leyes o normas jurídicas que sean contrarias, menoscaben, vulneren u omitan los derechos humanos que el Estado se comprometió a cumplir;
- iv) es por ello por lo que, al objeto de poder proteger y hacer efectivos los derechos humanos, todos los jueces del Poder Judicial, están obligados a poner en práctica, de oficio, un control de convencionalidad cuando, en el ejercicio de sus competencias, verifiquen que una ley o norma jurídica, es contraria o infractora del tratado o convención sobre derechos humanos;
- v) el control de convencionalidad que están obligados a ejercer todos los jueces permitirá hacer prevalecer el derecho humano reconocido en el tratado o convención sobre el derecho interno que lo menoscabe, vulnere, contrarié u omita;
- vi) en el caso específico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los jueces, al ejercer el control de convencionalidad, han de tener en cuenta, además de la Convención Americana, la jurisprudencia que sobre esta ha ido emitiendo la Corte Interamericana al interpretar la Convención en el ejercicio de sus competencias contenciosas y consultivas.

Todo lo antes expresado ha dado lugar, a un todo un cambio de concepción o de paradigma, en la forma de asumir la protección de los derechos humanos, por parte de los distintos Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, lo antes afirmado o lo así planteado, no significa que desaparezca o haya perdido importancia el control de constitucionalidad para el Estado constitucional de Derecho.

Dicho de otra manera, el control de convencionalidad no hace desaparecer ni le resta importancia al control de constitucionalidad. Al contrario, éste sigue existiendo, sigue desempeñando su papel de mecanismo de protección de la supremacía constitucional, pero lo que queda claro es que, el ejercicio de dicho control ya no es suficiente, cuando de la tutela de los derechos humanos se trata.

Lo que se quiere y pretende resaltar es que, si lo que se quiere y busca es proteger, de la manera más amplia y eficaz posible los derechos humanos, se hace necesario contar con nuevos mecanismos que permitan que ello sea así. Con esto lo que viene a fortalecerse es el Estado constitucional de Derecho, pasando a convertirse, de esa manera, en un Estado constitucional y convencional de Derecho.

Significa esto, en otras palabras, que termina teniendo otra concepción la protección de los derechos humanos a lo interno de cada Estado, en la medida en que ahora, además de la visión que se hace desde la Constitución, se tiene que hacer una desde la perspectiva de los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.

Como bien anota Omar Giovanni Roldán Orozco, “la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible. No se trata de imponer uno sobre otro, sino de complementar las visiones, de crear armonía entre ellos, de catalogar derechos de manera homogénea otorgando al juzgador la facultad de valorar y decidir la aplicación de aquel precepto que más se adecue al principio pro-persona de interpretación de los derechos humanos”⁶.

Como también lo señala el jurista panameño, Boris Barrios, cuando manifiesta, que “hoy, la justicia contemporánea requiere que las decisiones y su argumentación responda a una constante revisión del texto constitucional, convencional y al derecho de los tratados en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, atendiendo al control difuso de convencionalidad”⁷.

Por tanto, a partir de la existencia y ratificación de los tratados, declaraciones o convenciones en materia de derechos humanos, desde el momento en que los Estados se comprometen a su cumplimiento, de igual manera, a partir que se establecen los mecanismos por medio de los cuales es posible enfrentar las infracciones a tales textos internacionales, con miras a hacer valer los derechos en éstos reconocidos, ya no sólo cabe hablar de Estado constitucional de Derecho sino que ahora, lo que existe, es un Estado constitucional y convencional de Derecho. De acuerdo con lo que significaría el Estado constitucional y convencional de Derecho, los derechos humanos reconocidos en los tratados, declaraciones o convenciones internacionales vendrían a protegerse,

⁶ ROLDÁN OROZCO, Omar Giovanni (2015): *La función garante del Estado constitucional y convencional de Derecho* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas) pp. 101-102.

⁷ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris (2014): *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales* (Medellín, Editorial Biblioteca Jurídica Dike) p. 107.

además de con los mecanismos tradicionales propios de la justicia constitucional, también con el control de convencionalidad.

De esa manera, y como lo observa el jurista panameño, Henry Eyner Isaza, “se transita de las tradicionales ‘garantías constitucionales’ a las ‘garantías convencionales’, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales en Materia de Derechos Humanos”⁸.

De donde se sigue, que, con el fortalecimiento del Estado constitucional, ahora convertido en Estado constitucional y convencional de Derecho, lo que termina garantizándose, de manera más eficaz y cónsona con los parámetros convencionales, son los derechos humanos que le son reconocidos a toda persona por el solo hecho de serlo. Ese es el papel que ha venido a representar el control de convencionalidad difuso. Al ser un mecanismo de protección de los derechos humanos, fortalece la concepción de lo que implica un Estado de Derecho, ahora en su modalidad de Estado constitucional y convencional de Derecho.

III. Un concepto de Estado constitucional y convencional de Derecho.

Teniendo presente las reflexiones antes expuestas, y que tenían como propósito responder a una serie de preguntas que nos permitieran saber, lo que ha cambiado con respecto al Estado de Derecho, como para que hoy día se hable de un Estado constitucional y convencional de Derecho, así como poder comprender lo que se requiere para que el Estado, además de constitucional, tenga la calidad de convencional, y lo que todo esto ha venido a implicar, e incidido, para que exista un Estado constitucional y convencional de Derecho, nos es fácil poder responder a la pregunta, de planteárnosla, ¿qué es el Estado constitucional y convencional de Derecho?

Una posible primera respuesta sería, en ese sentido, que entenderíamos por Estado constitucional y convencional de Derecho, al tipo de Estado que contaría como fuente del Derecho, además de su Constitución y demás normas jurídicas de su ordenamiento jurídico interno, los tratados, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos de los que el Estado sea Parte. Acorde a esta respuesta, por tanto, las autoridades de dicho Estado contarían con la posibilidad, y estarían en la obligación de aplicar, en la solución de los casos que conozcan, y dentro del ámbito de sus competencias, no solamente su derecho interno, sino también el Derecho de los derechos humanos contenido en un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos, según sea el acto internacional de que se trate.

Como se ve, y en base a esta primera posible respuesta de lo que se ha de entender por Estado constitucional y convencional de Derecho, las fuentes del Derecho de este tipo de Estado, no se limitan al Derecho elaborado y aprobado por las autoridades de ese Estado. También vendría a constituir fuente del Derecho a aplicar por las autoridades del Estado, por tanto, el Derecho sobre los derechos humanos formulado en los tratados, declaraciones o convenciones sobre derechos humanos que dicho Estado haya ratificado. Y, desde el momento que se amplían las fuentes del Derecho a aplicar, hasta incluir el Derecho de los derechos humanos al que se comprometió el

⁸ ISAZA, Henry Eyner (2015): *La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica) pp. 64-65.

Estado a cumplir, sus autoridades, cualquiera que ellas sean, no podrán omitir aplicarlo en el ejercicio de sus funciones. Esto último así planteado, tiene que ver con lo que el profesor español, Manuel Atienza, señala cuando reflexiona sobre el cambio que se ha producido, con relación a la juridicidad en el mundo actual, lo que lo ha llevado a sostener, que la juridicidad del Derecho, no se agota a lo interno del Estado, sino que “existe también una juridicidad supraestatal (...), cuyo peso tiende a ser cada vez mayor”⁹.

Dentro de esa extensa y variada juridicidad supraestatal tenemos, de manera relevante y significativa, toda la que tiene que ver con los tratados, declaraciones o convenciones sobre derechos humanos. Esto último alcanza mayor protagonismo, desde el momento en que las autoridades de los distintos Estados toman conciencia, de la necesidad de tener que contar, y por lo tanto establecer, todo un marco normativo que haga posible proteger a la persona humana en su dignidad, en cualquier lugar o país en el que se encuentre, independientemente de su nacionalidad o estatus.

La idea que en concreto debemos tener presente, en cuanto a esta primera aproximación que nos permite contar, con un concepto de Estado constitucional y convencional de Derecho, tiene que ver con el hecho que los tratados, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos, adquieren una gran relevancia, así como un papel protagónico a lo interno de los Estados que hayan ratificado, alguno de tales actos internacionales. A partir de su ratificación, no sólo lo incorporan a su ordenamiento jurídico, sino que sus autoridades, como ya se indicó, están obligadas a tenerlos presentes, y, por tanto, a aplicarlos en el ejercicio de sus funciones.

De manera que, a partir del momento en el que un Estado haya ratificado, ya sea un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos, las autoridades de dicho Estado, en el ejercicio de sus funciones, así como deben tener presente y aplicar el derecho interno del Estado al que pertenecen, de igual manera deberán tener presente, y por ende aplicar, el tratado, declaración o convención que sobre derechos humanos se obligó su Estado a cumplir. No deben ni les estará permitido, por consiguiente, ignorar u omitir aplicar lo que tales actos internacionales tienen reconocido sobre derechos humanos. Otras ideas relacionadas con la problemática de la convencionalidad permitirían dar, en complemento del anterior, otro concepto sobre lo que se debe entender como un Estado constitucional y convencional de Derecho.

Así, podríamos señalar que el Estado constitucional y convencional de Derecho, es el Estado que, al haberse comprometido a cumplir con los derechos humanos, de incurrir en menoscabo, vulneración, desconocimiento u omisión de uno o varios de los derechos previstos en el tratado, declaración o convención que ratificó, se le puede exigir responsabilidad, y por tanto condenar, por incurrir en responsabilidad internacional e imponérsele medidas por medio de las cuales reparar, enmendar o corregir la violación de derechos humanos en la que haya incurrido.

Y es que, no tendría razón alguna ni sentido jurídico relevante, que un Estado ratifique un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos y que, en el caso que dicho Estado no cumpla

⁹ ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho* (Madrid, Editorial Pasos Perdidos) p. 51.

con lo que se comprometió, ello no genere ningún tipo de responsabilidad internacional de parte del Estado que así incurra.

Como en su momento se señaló, todo Estado que haya ratificado un acto internacional sobre derechos humanos, debe rendir cuentas ante instancias internacionales por la posible responsabilidad internacional en la que haya incurrido, al violar los derechos humanos a los que se comprometió cumplir.

Como bien lo dejaba anotado en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, en su Voto Concurrente de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el Caso "La Última Tentación de Cristo", cuando observaba que:

“24. Hoy se reconoce como una contribución - un elemento aclarador - de la prolongada labor, todavía inacabada, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado (en particular de su parte I), la distinción adoptada entre reglas primarias del derecho internacional, las que imponen obligaciones específicas a los Estados, y reglas secundarias del derecho internacional, las que determinan las consecuencias jurídicas del incumplimiento estatal de las obligaciones establecidas por las reglas primarias. Esta distinción contribuye a aclarar que la responsabilidad estatal se compromete a partir del momento del ilícito (acto u omisión) internacional, surgiendo de ahí una obligación subsidiaria de hacer cesar las consecuencias de la violación (lo que puede significar, en las circunstancias de un caso concreto, v.g., modificar una ley nacional) y reparar los daños.

25. La presente Sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo en el caso ‘La Última Tentación de Cristo’ representa, en este particular, a mi modo de ver, un sensible avance jurisprudencial. Como se sabe, una vez configurada la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos, dicho Estado tiene el deber de restablecer la situación que garantice a las víctimas en el goce de su derecho lesionado (*restitutio in integrum*), haciendo cesar la situación violatoria de tal derecho, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de dicha violación. La presente Sentencia de la Corte, además de establecer la indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (párrs. 85-90), ubica a estos deberes en el marco de las reparaciones, bajo el artículo 63.1 de la Convención: la Corte correctamente determina que, en las circunstancias del caso *d'espèce*, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención (párrs. 96-98). Y en un caso como el presente, atinente a la salvaguardia del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, dicha reparación no-pecuniaria es considerablemente más importante que una indemnización”¹⁰.

En esa misma línea de pensamiento con respecto a este tema, nos dice por su parte, Patricio Maraniello, lo siguiente:

¹⁰ OLMEDO BUSTOS Y OTROS (LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO) VS. CHILE (2001): Corte Interamericana De DD.HH., Voto concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Serie C N° 73.

“Las decisiones del tribunal corresponden a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

Los Estados parte de la convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”¹¹.

De donde se sigue, que un concepto sobre lo que se debe entender por Estado constitucional y convencional de Derecho, no puede pasar por alto este aspecto tan importante, en cuanto a la responsabilidad internacional que se le puede exigir e imponer a un Estado, en el caso en que se demuestre que ha violado, menoscabado, infringido u omitido, el cumplimiento de los derechos humanos a los que se comprometió acatar y garantizar al ratificar un tratado, una declaración o convención sobre derechos humanos.

La demostración de dicha responsabilidad internacional entraña, como no puede ser de otra manera, la reparación del perjuicio o daño causado a la víctima de tal proceder del Estado de que se trate. Ello, por una parte, y por la otra, el deber de adecuar, de ser el caso, su derecho interno a los parámetros convencionales sobre derechos humanos a los que se comprometió cumplir.

En ese sentido, y de acuerdo a lo que se acaba de afirmar, otro concepto que pudiéramos formular a objeto de poder entender, lo que es un Estado constitucional y convencional de Derecho, consistiría en ver a éste como el Estado que, al comprometerse a cumplir los derechos humanos reconocidos en un tratado, declaración o convención del que es Parte, lo obliga a tener que garantizar el pleno ejercicio de los mismos, lo que conllevaría tener que adecuar, o hacer conforme su derecho interno, a los parámetros fijados en el acto internacional ratificado, sin que esto, en un principio, deba ser requerido por razón de haber sido condenado por una instancia internacional.

Esto último implicaría, que en el evento en que su derecho interno sea contrario, menoscabe, infrinja u omita los derechos que el Estado se comprometió a cumplir, sus autoridades deberán aplicar el tratado, declaración o convención que sobre derechos humanos ratificó. Se hace prevalecer, así, el Derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno de dicho Estado.

¹¹ MARANIELLO, Patricio (2013): “Los derechos humanos y la responsabilidad del Estado”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 13, N° 2: p.144.

Este aspecto del Estado constitucional y convencional de Derecho vendría a ser, uno de los temas más polémicos de dicha modalidad de Estado de Derecho. El debate sobre esta particularidad del Estado constitucional y convencional de Derecho siempre entrañará tener que dar respuesta a la pregunta, ¿por qué ha de imponerse, sobre la voluntad soberana del Estado, en cuanto a determinar cuál es su derecho interno, el Derecho internacional sobre derechos humanos?

Con relación a este tema, discutible y controversial, y que constituye una de las particularidades esenciales para que se pueda configurar, un Estado constitucional y convencional de Derecho, cabe traer a colación, lo que nos dice, Néstor Pedro Sagües, cuando sostiene que, “en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré, ‘paralizada’ (lo mismo acaece, desde luego, con las normas sub constitucionales violatorias del pacto)”¹².

Y es que, no tendría sentido que un Estado se comprometa a cumplir un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos y, en el evento que su derecho interno, incluyendo la Constitución, establezca, disponga, regule, contenga o prevea situaciones que sean contrarias, menoscaben, infrinjan, violen u omitan los derechos humanos, y que sean estas normas jurídicas, las del derecho interno, las que se apliquen en detrimento del Derecho internacional sobre derechos humanos.

Por lo demás, lo que dispone la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es claro cuando señala, en su ya citado artículo 26, que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), así como que, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, principio que está previsto así en el artículo 27 de la citada Convención.

De las distintas reflexiones expuestas, se infieren las ideas que nos permiten dar y concretar, un concepto que responda a una idea, lo más cercano posible, de lo que ha de entenderse por un Estado constitucional y convencional de Derecho. Estas ideas son cónsonas, como no podía ser de otra manera, con las reflexiones que hemos estado adelantando sobre lo que ha venido a representar, el control de convencionalidad como nuevo paradigma de protección de los derechos humanos.

Desde luego, no estamos ante un concepto definitivo, mucho menos que pretendamos sea aceptado mayoritariamente por la doctrina, ni que consideremos, que con las ideas expuestas sobre lo que ha de entenderse, como un Estado constitucional y convencional de Derecho como una modalidad del Estado de Derecho, se superen las reservas, cuestionamientos o reparos sobre ciertos aspectos y particularidades del mismo. No obstante, de lo que sí estamos seguro es que, lo que no se puede ignorar, es que la concepción que se tenía sobre el Estado constitucional de Derecho ha variado

¹² SAGÜES, Néstor Pedro (2010): *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. (Talca, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 128-129.

sustancialmente y se ha complementado y fortalecido, con el surgimiento y establecimiento de todo un sistema de protección, en el ámbito supranacional, de los derechos humanos.

De manera que, así como en el ámbito interno, los países de nuestra región cuentan con los mecanismos por medio de los cuales dar resguardo judicial a los derechos fundamentales, en igual sentido se ha establecido y posesionado, todo un sistema de protección, en el ámbito internacional, de los derechos humanos. Nos referimos al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Sobre este cambio de concepción, y que ha incidido en la forma de entender hoy día al Estado de Derecho, como un Estado constitucional y convencional de Derecho, nos dice Héctor Faúndez Ledesma, que “en cuanto expresión de valores universalmente compartidos, los derechos humanos constituyen una categoría jurídica propia del Derecho Internacional Público; es este último el que señala cuál es el catálogo de derechos que forma parte de esta categoría, el que define los límites de su contenido, y el que les proporciona una garantía de carácter colectivo, adicional a la que ya pueda estar prevista en el Derecho interno de los Estados respecto de esos mismos derechos”. A lo que adiciona el citado autor que:

“Los países americanos no han sido ajenos a este proceso de formación del Derecho de los derechos humanos y, en el marco del sistema instaurado por ellos, han adoptado numerosos instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos, a fin de que cada Estado responda por la forma como trata a los individuos sujetos a su jurisdicción...”¹³.

En fin, no se puede pretender que se haya generado todo un cambio sustancial en la forma de entender el Derecho internacional sobre derechos humanos, y que ello no incida, a su vez, en la manera de entender el Estado constitucional de Derecho. Si este tipo de Estado tiene como objetivo, reconocer, proteger y garantizar los derechos fundamentales, tal y como son concebidos por el constitucionalismo democrático, ello se verá complementado y reforzado con la incorporación, a su derecho interno, del Derecho internacional sobre derechos humanos. Es este cambio así producido, lo que ha venido a dar lugar a la existencia de lo que se puede denominar, como Estado constitucional y convencional de Derecho.

Esta modalidad de Estado de Derecho ha incorporado a lo interno de su ordenamiento jurídico, como ya se señaló, el Derecho internacional de los derechos humanos al haberse comprometido a cumplir, al ratificar y constituirse en Parte de un tratado, declaración o convención sobre derechos humanos. Es esta nueva realidad lo que ha dado lugar a que se pueda hablar, hoy día, del Estado constitucional y convencional de Derecho. Y al haberse configurado el actual Estado de Derecho, en un Estado constitucional y convencional de Derecho, toma relevancia el papel que viene a representar el mecanismo por medio del cual, se puede y debe hacer efectivo el Derecho internacional sobre derechos humanos, a lo interno de dichos Estados. Nos referimos, al control de convencionalidad difuso, y al cual ya hemos aludido.

¹³ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición) p. 2.

En fin, el Estado constitucional y convencional de Derecho, es el Estado en el que todo lo que concierna a los derechos humanos, debe ser enfocado tanto desde la óptica constitucional, como desde la dimensión del Derecho internacional de los derechos humanos, de forma que se aplique, el derecho que mayor garantice y haga efectivos dichos derechos, todo ello al objeto de brindar la máxima amplitud y protección a la persona humana en su dignidad.

IV. Unas reflexiones finales a manera de conclusión.

Lo antes anotado sobre la transformación del Estado constitucional de Derecho al Estado convencional de Derecho, y que ha venido a representar, todo un cambio en cuanto a la manera de entender la protección de los derechos humanos amerita unas reflexiones finales. La primera de ellas tiene que ver, con la idea misma y el concepto de lo que se entiende, por un Estado convencional de Derecho. En ese sentido, como mínimo, tienen que existir unas condiciones concretas que permitan, que esa idea y concepto de lo que se debe entender por un Estado convencional de Derecho, son acorde con lo que ocurre en la realidad.

Lo que significa, de ahí, que el tratado o convención sobre derechos humanos, tiene que ser cumplido o acatado efectivamente, por todas las autoridades del Estado. Que éstas, por consiguiente, procuren mediante sus actos y en el ejercicio de sus funciones, adoptar prácticas que sean cónsonas, con el fin y objeto del tratado o convención que el Estado se comprometió a cumplir.

En fin, de lo que se trata es que debe existir, toda una cultura jurídico-política, que sea acorde al respeto y garantía de los derechos humanos, lo que ha de redundar a que se produzcan, prácticas que permitan un trato igualitario a todas las personas que integran la sociedad. En concreto, lo que se quiere dejar resaltado, en esta primera reflexión final, es que las personas que integran la comunidad del Estado, independientemente de su condición o estatus, deben contar con la confianza suficiente, con respecto a las instituciones y autoridades, que éstas están comprometidas, realmente, en hacer cumplir y garantizar los derechos humanos previstos, en los tratados o convenciones de los que es Parte su Estado.

Una segunda reflexión tiene que ver con la idea que nos recalca, Jacques Chevalier, cuando manifiesta que, “el Estado de derecho es un proceso dinámico, más que un orden estático”, a lo que adiciona que, “la jerarquización de las normas depende del contenido evolutivo de esas normas y del estado de compatibilidad/conformidad que él permite”¹⁴.

Lo así afirmado por el citado autor francés, es cónsono con lo que constituye la idea central de estas reflexiones, en cuanto al cambio de concepción que se ha producido, con respecto a la forma de asumir y entender, la protección de los derechos fundamentales, desde la óptica del Derecho internacional sobre derechos humanos.

En efecto, lo básico con relación a tal afirmación es que hay que tener presente, que, así como lo que en la doctrina se conoce como, el Estado legal de Derecho, mutó al Estado constitucional de Derecho, éste, a su vez, ha mutado a lo que hoy constituye el Estado constitucional y convencional de Derecho o, simplemente, en Estado convencional de Derecho. Ello no significa que, con tal

¹⁴ CHEVALIER, Jacques (2015): *El Estado de Derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) p. 180.

transformación, haya desaparecido el principio de legalidad, característico del Estado legal de Derecho, según el cual quedan supeditadas todas las normas jurídicas de inferior jerarquía a la ley a ésta, como tampoco ha implicado, que, con el surgimiento del Estado convencional, desaparezca el principio de supremacía constitucional, el cual constituye el principio rector del Estado constitucional de Derecho.

La idea que se quiere recalcar es que, al ser el Estado de Derecho, “un proceso dinámico”, éste, con cada transformación que sufre, tiende a fortalecer la concepción de la protección de los derechos fundamentales. Es esa la reflexión que debe llamar la atención, y sobre la cual han de girar, mayormente, los distintos debates sobre lo que ha venido a representar, el establecimiento del Estado convencional de Derecho. Un Estado que hace de los derechos humanos, de su garantía, desarrollo, eficacia y protección, el punto central de las actuaciones de todas las autoridades y poderes del Estado.