

ESCRIVANO DE CABIL
NOMBRADO DE SV M

quillo y camayac

CUADERNOS DE TRABAJO DEL CICAJ NUEVA SERIE

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:
ALCANCES Y CARACTERÍSTICAS.
ALGUNOS ASPECTOS DE SU APLICACIÓN
EN LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO Y DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS**

Natalia Torres Zúñiga

**Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 6
Nueva Serie**

2013

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE
DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 6

Categoría Egresados

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Comité Asesor del CICAJ

César Landa Arroyo

David Lovatón Palacios

Iván Meini Méndez

Elizabeth Salmón Gárate

Eduardo Sotelo Castañeda

Alfredo Villavicencio Ríos

Editor y Director del CICAJ-DAD

Armando Guevara Gil

La nueva serie *Cuadernos de Trabajo del CICAJ* reúne contribuciones arbitradas y razonadas.

Las contribuciones que aquí presentamos son arbitradas porque cada uno de los textos es sometido a dos procesos de evaluación. El primero, a cargo del director y del Comité Asesor del CICAJ, consiste en la selección de los trabajos. El segundo, a cargo de dos especialistas en la materia, uno del ámbito nacional y otro del ámbito internacional, consiste en la lectura crítica del documento. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantiene el anonimato de los autores y evaluadores.

Además, las contribuciones son razonadas porque incluyen el texto original revisado a la luz de los aportes de los árbitros, los comentarios de dos profesores invitados a presentarlos públicamente con el autor o la autora y, finalmente, la réplica a estos.

Esperamos que esta nueva serie contribuya significativamente al debate jurídico sobre los temas tratados por los autores y las autoras.

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 6

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Natalia Torres Zúñiga

Primera edición

Tiraje: 250 ejemplares

© Natalia Torres Zúñiga, 2013

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2013

Departamento Académico de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria N.º 1801

Lima 32 - Perú

Cuidado de la edición: Aarón Verona Badajoz

Impreso por:

HERAL MOL S.R.L.

Calle Castrovirreyna N.º 174

Lima 5 - Perú

Se autoriza la reproducción total o parcial de este documento siempre y cuando sea fiel al original y se cite adecuadamente la fuente.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2013-13674

ISSN: 2310-5011

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1.	Control de convencionalidad: un viejo conocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y otros sistemas de protección de los derechos humanos	8
2.	Elementos del control de convencionalidad	12
	2.1. Parámetro de control	12
	2.2. Objeto de control	15
3.	El control de convencionalidad en sede nacional e internacional: relación con el control de constitucionalidad	16
	3.1. Control de convencionalidad como control supraconstitucional	17
	3.2. Control de convencionalidad como mecanismo idéntico al control de constitucionalidad	19
	3.3. Control de convencionalidad como mecanismo paralelo al control de constitucionalidad	21
	3.4. Tipos de control constitucional con los que se realiza la comparación	22
4.	Control de convencionalidad por la justicia constitucional peruana	23
	4.1. El ordenamiento peruano y la apertura constitucional como presupuesto para la construcción de la identidad entre el canon de convencionalidad y el canon de constitucionalidad	25
	4.2. Canon de convencionalidad en el ordenamiento peruano y objeto controlado	29
	4.3. Modalidades del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano	31
	4.3.1. Por el tipo de proceso en que se aplica	31
	4.3.2. Por los efectos del control de convencionalidad	33
	4.3.3. Por el uso del canon interamericano	35
	4.4. La concreción de las modalidades del control de convencionalidad	36
	4.5. Etapas en la aplicación del canon de convencionalidad por el Tribunal Constitucional	38
5.	Control de convencionalidad en la Corte IDH	40
	5.1. Elementos comunes entre el control de convencionalidad por la Corte IDH y el control de constitucionalidad	41
	5.2. Los elementos distintivos del control de convencionalidad por la Corte IDH en relación con el control de constitucionalidad	43
	5.3. Modalidades del control de convencionalidad por la Corte IDH	45
	5.3.1. Control de convencionalidad <i>ex ante</i> : función consultiva	46
	5.3.2. Control de convencionalidad <i>ex post</i> : la vía contenciosa	48
	5.4. Efectos de los fallos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo el control de convencionalidad	50

6.	Convencionalidad y tutela multinivel de los derechos fundamentales	53
7.	Conclusiones	54
8.	Bibliografía	55
	Comentarios	61
	César Landa Arroyo	62
	Patricio Rubio Correa	67
	Respuesta de la autora	71

El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Natalia Torres Zúñiga

Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudiante del Máster Universitario en Derecho Constitucional de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Sumilla

Este documento aborda los principales aspectos de la tesis que la autora presentó para optar el título de licenciada en Derecho. Analiza la naturaleza, modalidades, características, efectos y proyecciones del control de convencionalidad como deber a cargo tanto del Tribunal Constitucional peruano como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El enfoque del estudio es el del derecho constitucional, y se parte de la premisa que el control de convencionalidad es un instrumento que refuerza la protección de los derechos fundamentales en un contexto de constante interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Este trabajo parte del establecimiento de una comparación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, con la que se busca determinar las semejanzas y diferencias que existen entre ambas técnicas normativas, así como aclarar la naturaleza del control de convencionalidad en sí mismo. A través de este documento se pone de relieve la articulación que existe entre ambos conceptos como resultado del proceso de formación de un modelo de protección multinivel de los derechos fundamentales.

I. Control de convencionalidad: un viejo conocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y otros sistemas de protección de los derechos humanos ¹

Recientemente, el término *control de convencionalidad* se ha convertido en un tema de estudio recurrente y de aplicación creciente en el ámbito académico latinoamericano. Tal figura la mencionó expresamente, por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a partir del fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006); posteriormente, dicho tribunal ha hecho referencias constantes al examen de convencionalidad a través de su jurisprudencia.

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.²

A partir de esta cita, el control de convencionalidad podría definirse como una técnica de control normativo que consiste en contrastar las disposiciones de derecho interno (objeto de control) a la luz de los tratados o fuentes de derecho internacional, en específico con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos del SIDH (parámetro de convencionalidad), que en principio deben aplicar los jueces nacionales.

Ahora bien, no obstante que luego del caso *Almonacid*, la Corte IDH ha admitido que el control de convencionalidad deben realizarlo todas las autoridades, esto es el Poder Legislativo y los órganos administrativos en casos relativos a la creación, de reformas constitucionales y de aplicación de disposiciones de derecho interno contrarias al parámetro interamericano, en el presente documento, se espera abordar el tema desde la perspectiva de la función jurisdiccional; en específico del rol del juez constitucional, aunque se trate de una obligación general para los magistrados de todos los niveles.

¹ El presente trabajo es una versión revisada y adaptada de la tesis de licenciatura de la autora, titulada *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*.

² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, número 221, párrafo 239.

En ese sentido, pareciera que en el SIDH van surgiendo algunas luces relativas a la formación de un proceso de convencionalización de los ordenamientos nacionales en diversas dimensiones. Así, se ha indicado lo siguiente:

[...] todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.³

Ahora bien, tratándose de una técnica de control de normas, debe precisarse que la Corte IDH ha admitido implícitamente que el control de convencionalidad también se realiza respecto de las interpretaciones y omisiones legislativas. En efecto, el control de convencionalidad tiene como fuente directa al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que hace alusión al principio de adecuación al derecho interno de los Estados. Sobre el punto ha señalado:

[...] 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.⁴

De la lectura del párrafo en mención se puede deducir que en el primero de los supuestos se reconoce la típica obligación que da origen al control de convencionalidad tal como se ha definido en *Almonacid Arellano*, pero también se hace referencia en los casos en los que hay una omisión en el deber de normas que se adecúen a las obligaciones de derecho internacional. De ahí que, en consonancia con ello, se establezca que los órganos que aplican derecho también tienen el deber de controlar la inacción del legislador.

Ahora bien, luego de todo lo mencionado habría que señalar que el examen de convencionalidad deriva de un principio general del derecho; en concreto, del deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional reconocido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

De hecho, el artículo 2 de la CADH tiene una relación directa con este dispositivo de la Convención de Viena. Al respecto, habría que señalar que el dispositivo mencionado establece de manera concreta que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

Podría indicarse que el control de convencionalidad tal cual se ha definido en este documento, no necesariamente se deriva de una lectura literal del artículo 27 de la Convención de Viena. No obstante ello, hay que interpretarlo en un sentido más asertivo, es decir, señalando que la inoponibilidad del derecho interno frente a las obligaciones de derecho internacional genera un deber en el Estado de garantizar que las normas de orden nacional sean contrarias a las primeras.

³ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 66.

⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C, número 218, párrafo 194.

Sobre el tema, se debe añadir que la obligación de adecuar el derecho interno no solo corresponde a la autoridad legislativa sino también a los jueces, en tanto y en cuanto son creadores de derecho. No debe perderse de vista que la labor de la judicatura cumple un rol esencial en la definición y delimitación de las fuentes del derecho.

En ese sentido, el gráfico que se presenta a continuación establece los contenidos que se derivan del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Gráfico N.º 1
Contenidos derivados del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados



Elaboración propia

En ese sentido, se puede afirmar que el control de convencionalidad es una obligación que tiene asidero en el SIDH, en el Sistema Universal y en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo de ello es el caso *Rekvényi c. Hungría* (1999) que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, Garlicki y Frommont han dado cuenta de la aplicación del control de convencionalidad en ordenamientos nacionales como el francés. (Garlicki 2009: 1-7).

De acuerdo con Fromont:

el Consejo de Estado francés ha controlado los reglamentos administrativos relativos a la píldora abortiva refiriéndose al artículo 2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Igualmente, ha analizado la conformidad de los reglamentos de aplicación de la Ley del 6 de enero de 1978 en relación al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y de los artículos 6 a 9 de la Convención para la protección de personas sobre el tratamiento informático de informaciones de índole personal firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. (Fromont 2002: 397-398)

Igualmente, contrariamente a lo que parece, no se trata de un instituto nuevo o de creación pretoriana del SIDH, pues en la práctica este examen se ha aplicado en casos como el de *Castillo Petruzzi vs. Perú*, o el de *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Barrios Altos vs. Perú*.⁵ Ello denota

⁵ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, número 35; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, número 52; Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia del 26 de enero de 2000. Serie C, número 64; *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75.

que su origen y aplicación ha sido independiente a la aparición del término a partir del caso Almonacid.

Cuadro N.º I
Ejemplos de control de convencionalidad en sentencias emitidas con anterioridad al caso Almonacid Arellano vs. Chile

Nombre	Norma analizada	Canon de convencionalidad	Medida de reparación planteada por la Corte IDH
Castillo Petruzzi vs. Perú	Decreto Ley N.º 25475 (improcedencia de habeas corpus cuando la persona es parte de un proceso penal). Decreto Ley N.º 25659 (improcedencia de acciones de garantía a favor de procesados por delitos de terrorismo; proceso sumario para juzgar el delito de traición a la patria). Código de justicia militar (competencia de la justicia militar para juzgar por traición a la patria, periodo de tiempo insuficiente para conocer la acusación fiscal).	Artículos 2 y 8 de la CADH	El Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el derecho al debido proceso de los individuos vinculados a delitos de terrorismo y traición a la patria.
Caso Suárez Rosero vs. Ecuador	Artículo 114 del Código Penal (prisión preventiva indeterminada para el procesado por tráfico de estupefacientes)	Artículos 2, 7 y 8 de la CADH	La Corte IDH no solicitó medidas de reparación, ya que la norma en cuestión había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional ecuatoriano.
Caso Barrios Altos vs. Perú	Leyes de Amnistía N.º 26479 y N.º 26492	Artículos 2, 8 y 25 de la CADH	El Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Amnistía y promover el juzgamiento de los responsables de las ejecuciones extrajudiciales de Barrios Altos. La Ley de Amnistía carece de efectos jurídicos <i>ab initio</i> .

Elaboración propia

Los casos que figuran en el Cuadro I son un ejemplo de la forma en que la Corte IDH ha aplicado control de convencionalidad, sin llamarlo como tal de forma constante en el ejercicio de su competencia contenciosa, pero también la consultiva, como se verá en el acápite respectivo. De modo que una primera afirmación relativa a este tema es que el control de convencionalidad también se aplica en sede internacional.

Dicha obligación se derivaría de los artículos ya mencionados, pero también del hecho de que en el caso de la Corte IDH, los artículos 64.2 y 62.3 de la CADH que se refieren a sus competencias contenciosa y consultiva refuerzan el establecimiento de este deber para el Tribunal Interamericano.

En términos generales, en función de lo expresado por los distintos instrumentos internacionales y la práctica de los tribunales internacionales, la noción de «examen de convencionalidad» se vincula con una obligación impuesta no solo a los jueces nacionales, quienes deben aplicar

dicho examen de manera *ex officio*; sino que también es un deber con el que debe cumplir la Corte IDH.

En efecto, se debe poner de relieve que ambos jueces califican como jurisdicción de la convencionalidad, siendo el juez nacional quien debe ejercer esta labor (en primer lugar) y el juez de la Corte IDH el que interviene si en el derecho interno el individuo no recibió tutela efectiva en sede interna.

En las líneas que siguen, son estos los aspectos que se pondrán de relieve y serán objeto de análisis, ya que a través de ellos se determinarán los alcances y el impacto generado por el examen de convencionalidad en sede nacional e internacional.

2. Elementos del control de convencionalidad

Para llevar a cabo el examen de convencionalidad, es decir, para determinar si el derecho interno es conforme al derecho internacional, se tienen en cuenta dos elementos: el parámetro de control y el objeto controlado.

2.1. Parámetro de control

El parámetro de control de convencionalidad, en principio, lo conforma la CADH; sin embargo, este involucra también a todos los instrumentos normativos del SIDH, independientemente de que los derechos que reconocen puedan ser recurridos o no en la vía contenciosa de la Corte IDH.

Sobre el punto, la Corte IDH ha hecho referencia expresa al control de convencionalidad como una obligación derivada de la CADH. Empero, como ya se ha señalado, esta también se deriva de los tratados del SIDH en general e incluso de las normas internacionales de naturaleza consuetudinaria. Así, el juez García Ramírez ha comentado que el canon de convencionalidad involucra a todos los instrumentos del SIDH.

En la especie, al referirse a un «control de convencionalidad» la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera.⁶

De hecho, ello guarda coherencia con la lógica de que el control de convencionalidad es una obligación derivada de las obligaciones de derecho internacional en general, en tanto y en cuanto tienen sustento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Por ello, los tratados que conforman el canon interamericano son los que han estado en vigor en el SIDH, así como la propia Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, en tanto esta es norma vinculante, dada la práctica y conciencia de obligatoriedad que genera en los Estados.

⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2006. Serie C, número 158. Voto del juez Sergio García Ramírez.

Así, en el Cuadro 2 se mencionan algunos de los casos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo el control de convencionalidad a partir de diversos instrumentos que forman parte del SIDH.

Cuadro N.º 2
Identificación del canon interamericano y el objeto controlado en el control de
convencionalidad que realiza la Corte IDH

Canon interamericano		Objeto controlado
Caso Radilla Pacheco vs. México	CIDFP	Artículo 13 de la Constitución Federal Artículo 57 del Código de Justicia Militar (competencia del fuero militar para conocer procesos que no están relacionados con objetos de protección netamente castrense)
Caso Gelman vs Uruguay	CADH	Interpretación de la Corte Suprema sobre la validez y constitucionalidad de las leyes de autoamnistía
Caso Helidoro Portugal vs. Panamá	CIPST	Falta de tipificación del delito de tortura
Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala	CADH	Inexistencia de procedimiento para solicitar un indulto en el caso de pena de muerte

Elaboración propia

Ahora bien, además de lo mencionado, también es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH y las Opiniones Consultivas forman parte del canon interamericano, en la medida que son vinculantes y poseen efectos de «cosa interpretada». En principio, ello tiene razón de ser en el hecho que el uso de la jurisprudencia es de suma importancia, pues contribuye al desarrollo progresivo de los contenidos de los derechos reconocidos en el SIDH, así como a elevar los estándares de protección de este último.

Empero, la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH tiene efectos de orden interpretativo, en la medida que los estándares que de ahí se derivan sirven para dotar de contenido a los derechos que forman parte del canon de convencionalidad, pues estos son más bien de naturaleza indeterminada y su contenido es más bien evolutivo.

De hecho, la Corte IDH parece adherirse a la tesis de la vinculatoriedad de sus fallos, ya que en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* —y otros resueltos en sede interamericana— ha señalado que, para el examen de convencionalidad, «el Poder Judicial debe tener en cuenta, no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención».⁷

Las razones de la Corte se basarían en el hecho de que esta es la última intérprete del SIDH, adoptando así una posición que la asemeja a una Corte Constitucional. En efecto, existirían algunos criterios de fondo que sustentan esta afirmación, aunque no tanto en la lógica de corroborar la identidad entre la naturaleza de ambos tipos de jurisdicción; pero sí en la de poner de relieve el papel de la judicatura como creadora de derecho y garante de los derechos fundamentales.

Al mismo tiempo, se puede mencionar el principio de garantía objetiva del SIDH como uno de los fundamentos de la fuerza interpretativa de la jurisprudencia y los efectos *ultra partes* que esta genera en los ordenamientos estatales en tanto y en cuanto esta ejerce más bien

⁷ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Serie C, número 169, párrafo 78. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

una tutela de orden preventivo en el SIDH. Dicha cuestión se refleja en la existencia de las medidas cautelares y provisionales de la CIDH y la Corte IDH, respectivamente, pero a la vez se extiende a situaciones previas a la activación del sistema de peticiones.

Ello se hace palpable en el hecho de que el uso de la jurisprudencia por parte de los Estados es cada vez más creciente, lo que se constata a través de la práctica pero también del reconocimiento normativo de la vinculatoriedad de dicha fuente del derecho; y viceversa, la Corte IDH también utiliza o aplica criterios derivados de la jurisprudencia de las Cortes nacionales, de modo que podría afirmarse que existe una especie de diálogo entre jurisdicciones.

No obstante lo planteado respecto de la jurisprudencia, sería importante señalar que incluso esta teoría a la que el texto se adscribe debiera admitir una gradación respecto del impacto de los fallos en los ordenamientos nacionales. Por ejemplo, en el derecho constitucional, autores como Landa establecen de la siguiente manera una gradación entre los tipos de sentencias que emite el Tribunal Constitucional Peruano: sentencias normativas (*müssen*), precedentes vinculantes (*sollen*), doctrina constitucional (*können*) (Landa 2009: 62 y ss.).

En el caso de las sentencias normativas o de inconstitucionalidad, el fallo del juez constitucional deberá acatarse sin posibilidad de apartarse de los alcances de dicha sentencia; y en el caso de los precedentes vinculantes, el hecho de que el Tribunal Constitucional determine expresamente los contenidos de la sentencia que tienen fuerza de ley y son oponibles a todos los poderes públicos denotan que el margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar derecho por parte de las autoridades en general es mínimo.

Finalmente, en el caso de la doctrina constitucional, este solo es exigible de ser aplicada por los jueces constitucionales, siendo ellos los que identifican las reglas derivadas de la jurisprudencia del juez constitucional. En ese sentido, tienen un margen de discrecionalidad más alto para seguir lo establecido por el Tribunal Constitucional como para apartarse.

Al respecto, habría que determinar si las sentencias de la Corte IDH admiten esta distinción en la fuerza de su impacto respecto de los países condenados y respecto de aquellos que no forman parte del proceso contencioso o que no han solicitado una opinión consultiva.

En efecto, Ferrer Mac Gregor ha planteado diferencias relativas a la vinculatoriedad de los fallos, dependiendo de si se trata del Estado condenado o de los Estados parte del SIDH no involucrados en el proceso. En el segundo de los casos, el grado de vinculatoriedad sería más flexible que en el primero, lo que le daría al juez del país no condenado un grado más amplio de discrecionalidad, pero con la limitación de no vaciar de contenido un derecho.

[...] esta eficacia interpretativa es «relativa», en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana.⁸

Sin duda, un tema relacionado con este punto es el que define a los estándares del SIDH como contenidos mínimos que los Estados deben tener en cuenta al momento de interpretar

⁸ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013. Voto Razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, párrafo 69.

los derechos que protegen. En ese sentido, el Estado podrá ampliar la protección del derecho específico, pues la fuerza de los fallos no es de uniformidad sino de conformidad, es decir, funciona de manera flexible, pero el límite es el contenido esencial del derecho. Sobre el tema en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, Queralt ha indicado lo siguiente:

[...] el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización; de hecho, todavía hoy no puede afirmarse que exista un *ius commune europeo* de derechos y libertades. El CEDH y la jurisprudencia del TEDH se erigen en un parámetro de mínimos y de reglas interpretativas de resolución de conflictos que todos los Estados parte deben respetar [...] (2007: 437)

Empero, a ello habría que añadir que existe una especie de discrecionalidad a favor de los ordenamientos nacionales para determinar los alcances del contenido de un derecho (margen de apreciación). Si bien la teoría del margen de apreciación no ha sido adoptada por la Corte IDH, en el ámbito europeo ella es un criterio que se debe tener en cuenta para determinar si un Estado ha incumplido con los estándares derivados de este sistema de protección. Ahora bien, el margen de apreciación con el que cuenten los jueces estará delimitado por el tipo de derecho afectado y/o por la dimensión del contenido respecto del cual el Tribunal se ha pronunciado.

Así, por ejemplo, la discrecionalidad será mayor si el derecho o mandato que se busca garantizar es uno relacionado con la prohibición de la tortura o la esclavitud, y menor si se trata de un caso relativo a los derechos políticos (García Roca 2010: 205-206).

En el SIDH, los casos de pena de muerte o de leyes de autoamnistía, los límites a la interpretación de los derechos a la vida y a la tutela efectiva son bastante restringidos como ha quedado demostrado en casos como Barrios Altos vs. Perú, Almonacid Arellano vs. Chile, Hilarie, Constantine vs. Trinidad y Tobago, entre otros.

Sin embargo, en casos relativos a los derechos sociales, eventualmente, ha sido posible incluso admitir la regresividad de estos siempre que no se les vacíe de contenido, como en el caso relativo a la reforma constitucional del sistema pensionario en el Perú (Cinco Pensionistas vs. Perú) o las eventuales restricciones al derecho a la libertad de expresión, aun cuando se admite que esta es una libertad preferida en el seno del SIDH (caso Kimel vs. Argentina).

2.2. Objeto de control

El objeto de control del examen de convencionalidad está conformado por las disposiciones de derecho interno (leyes, constituciones y reglamentos), las interpretaciones de las disposiciones normativas y las omisiones legislativas, también los proyectos de ley (a modo preventivo).

En relación con las interpretaciones y disposiciones, es importante señalar que desde el punto de vista de la teoría general del derecho debe distinguirse entre el concepto de disposición y norma en tanto y en cuanto lo que se examina a la luz del parámetro de convencionalidad es el significado de la disposición (significante).

Y en relación con las omisiones legislativas, estas pueden ser relativas o absolutas. De ese modo, lo que se controla es la inacción del legislador para implementar las obligaciones derivadas de los tratados internacionales. Al respecto, los casos típicos de omisión legislativa son los relativos a la falta de tipificación de delitos como el de desaparición forzada o de tortura, ya sea

porque el legislador no lo ha realizado o porque habiéndolo hecho ello no se ajusta u omite determinados aspectos derivados del deber de implementación.

Por ejemplo, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Panamá por no tipificar el delito de tortura, pero también el delito de desaparición forzada conforme a los estándares derivados de los tratados del SIDH que regulan esta materia.

El Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipifica de manera específica el delito de tortura, sino más bien establece en su artículo 160, bajo el título de «Delitos contra la Libertad Individual», que el «servidor público que someta a un detenido a severidades o apremios indebidos, será sancionado con prisión de 6 a 20 meses.

De lo anterior se desprende que el Estado ha incumplido con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.⁹

Empero, estos no son los únicos casos en los que se controla una omisión legislativa. En efecto, la Corte IDH también ha controlado omisiones relativas a la ausencia de recursos efectivos en materia electoral como en el caso *Castañeda Gutman vs. México* en el que se condenó a este país por la inexistencia de un recurso que permitiera a los candidatos a una elección popular impugnar una decisión que afectara su inscripción como candidato en un proceso electoral y a ser elegido y/o acceder a un cargo público en condiciones de igualdad.¹⁰

En el mismo sentido, en los ordenamientos nacionales, los jueces estarían habilitados para aplicar un examen de convencionalidad sobre omisiones legislativas, ya sea porque existe un proceso específico para ello, como en el caso de la provincia de Río Negro en Argentina, o de modo incidental, porque la omisión legislativa se ha reconducido a través de otro tipo de proceso judicial, como en el Perú, en el que la figura no existe pero se canaliza a través de los procesos de inconstitucionalidad, cumplimiento y amparo.

De hecho, también se puede hacer referencia al caso argentino, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un conflicto de competencia entre el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.¹¹ En concreto, optó por resolver reconocer que la Cámara Federal en la provincia de Chubut tenía la competencia para conocer un proceso que calificaba como desaparición forzada, aun cuando este delito no se encontraba tipificado en el ordenamiento argentino.

3. El control de convencionalidad en sede nacional e internacional: relación con el control de constitucionalidad

El uso y aplicación del control de convencionalidad ha generado un impacto de gran relevancia en los ordenamientos nacionales no solo porque se trata de una obligación con la que deben cumplir los órganos que aplican derecho, sino también por los efectos de los fallos de la Corte IDH e interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional.

⁹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, número 186, párrafos 215-216.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, número 184, párrafo 133.

¹¹ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de marzo de 2007.

Ahora bien, el hecho de que la Corte IDH tenga competencia para llevar a cabo un examen de convencionalidad al igual que los jueces ordinarios genera una serie de preguntas respecto a la naturaleza de este tipo de control. Desde el punto de vista del derecho internacional, seguramente este solo sería un examen de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho interno, las implicancias del control de convencionalidad adquieren otra dimensión, precisamente porque es un tema límite que podría cambiar la concepción de la tradicional soberanía del Estado, como ha ocurrido en el caso *Gelman vs. Uruguay*. De modo que desde esta rama del derecho se busca comprender la forma en que se articula esta técnica dentro del modelo tradicional de control normativo.

El punto de partida para analizar sus características será el control de constitucionalidad y la supremacía constitucional. En efecto, es inevitable establecer un paralelo con las dos instituciones mencionadas en la medida que, en la práctica, el control de convencionalidad involucra un examen de normas de derecho interno que incluye a las propias constituciones de los Estados.

Ahora bien, el ejercicio comparativo entre dos instituciones de naturaleza distinta, una de orden interno y otra del derecho internacional, no es contradictorio con la propia naturaleza del derecho internacional, pues «si bien [...] es distinto del derecho interno en la medida que funciona en un marco sociológico y político distinto, también procede del segundo en directo» (Virally 1998: 13).

Así, el uso de términos propios del derecho constitucional en el derecho internacional de los derechos humanos y en el SIDH para comparar la naturaleza del control de convencionalidad y la labor de la Corte IDH con la del control de constitucionalidad y la justicia constitucional es legítimo.

Ello en la medida que la aplicación de las categorías constitucionales como control de constitucionalidad, Constitución o Supremo Intérprete, propias de los criterios de orden constitucional en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, para comprender la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en sede nacional e internacional se deriva del propio proceso de apertura constitucional.

De hecho, autores como García Roca o Wildhaber hacen referencia a términos propios del derecho constitucional para establecer un paralelo o la propia identidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no por ello postulan la identidad entre este y la justicia constitucional (Wildhaber 2000: 1529-1545).

A partir de estas consideraciones habría al menos dos maneras de analizar la naturaleza del control de convencionalidad, que servirán para lograr brindar una identidad determinada al control de convencionalidad, es decir, para equipararla, diferenciarla y/o delimitarla: a) con el control supraconstitucional; b) con el control de constitucionalidad; y c) se trata de un control normativo paralelo.

3.1. Control de convencionalidad como control supraconstitucional

El hecho de que los fallos de la Corte IDH hayan provocado la modificación de las Constituciones de países como Chile en casos como el de la censura previa ha conllevado a que autores como

Sagüés equiparen el control de convencionalidad con el control de supraconstitucionalidad (2010: 124).

Empero, esta perspectiva colisiona con la lógica de subsidiariedad del sistema normativo y con la teoría de la coordinación que de ahí se deriva. En efecto, esta postura pierde de vista el presupuesto de que la relación entre las fuentes de derecho nacional e internacional se concibe desde la perspectiva de la horizontalidad.

El control de convencionalidad refleja la existencia de un proceso de diálogo entre la judicatura nacional y la Corte IDH en el que los tribunales nacionales aplican los estándares derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH para determinar la convencionalidad de una norma. Pero también en el que el propio tribunal interamericano hace uso, cada vez más frecuentemente, de las reglas y estándares nacionales para el desarrollo de su jurisprudencia. La dinámica mencionada ha sido conceptualizada como el fenómeno de *transjudicialism* o *transjudicial communication* (Slaughter 1994: 99-137).¹²

De hecho, es cada vez más común que los tribunales internacionales se refieran a la jurisprudencia nacional para resolver los casos que estos conocen. Por ejemplo, en el caso *Atala vs. Chile*, la Corte IDH ha hecho referencia a jurisprudencia de tribunales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México para desarrollar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la elección de la orientación sexual como manifestación de dicho derecho.

Un ejemplo claro de este tipo de relación es el caso relativo a la reforma constitucional del sistema pensionario de la Constitución peruana de 1993, en la que el Poder Constituyente optó por eliminar el régimen pensionario derivado del Decreto Ley 20530 que establecía un sistema de cédula viva a favor de los pensionistas adscritos a este. En la medida que el modelo en mención afectaba los niveles de sostenibilidad del propio sistema estatal de pensiones y promovía un trato desigual y discriminatorio respecto de los pensionistas adscritos al Decreto Ley 19990, se promovió la reforma mencionada y se estableció, además del cierre, un monto máximo de pensiones a percibirse.

Aunque aparentemente la decisión del Poder Constituyente era contraria a lo establecido en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, en el que se condenó al Estado peruano por modificar el régimen pensionario de los demandantes del caso (hecho que en opinión de la Corte IDH vulneró el derecho a la propiedad de las víctimas),¹³ el Tribunal Constitucional declaró constitucional la ley de reforma. En ese sentido, se apartó de lo establecido por la Corte IDH en un caso directamente relacionado con el Perú; no obstante ello, la petición que planteó un grupo de pensionistas no prosperó ante el SIDH.

¹² La traducción es propia. El texto original se refiere a *transjudicial communication* como «communication among courts-whether national or supranational-across borders. They vary enormously, however, in form, function, and degree of reciprocal engagement». De acuerdo con Harold Koh (2004: 43-57), ello consiste en un conjunto de subprocesos multidimensionales de «interacción, interpretación e interiorización» del derecho internacional que puede involucrar medidas judiciales como la incorporación en el derecho interno de criterios hermenéuticos a partir de la jurisprudencia internacional.

¹³ Los demandantes pertenecían al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, que les otorgaba una pensión nivelada con la remuneración que perciben las personas que realizan las mismas labores que las del cesante antes de jubilarse. Sin embargo, en 1992 el Estado peruano hizo un recalculeo que generó una disminución en el monto de sus pensiones. Por este motivo se vulneró el derecho a la propiedad de los demandantes, ya que habían dejado de percibir un monto pensionario derivado de un derecho adquirido (Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que aunque el derecho a la pensión había sido restringido a través de la reforma constitucional, el derecho a la propiedad no se había suprimido; pues los peticionarios continuaban ejerciendo la titularidad de los derechos de los propietarios sobre sus pensiones.

Asimismo, se puso de relieve el hecho de que la finalidad de la reforma constitucional no era contraria a la CADH, pues esta se realizó con el fin de disminuir el costo excesivo del régimen y la inequidad que generaba la coexistencia del régimen de cédula viva en relación con los pensionistas del régimen derivado del Decreto Ley 19990.¹⁴

En líneas generales, este es un ejemplo claro en el que se puede observar cómo es que el derecho internacional de los derechos humanos no necesariamente prevalece sobre las normas de derecho constitucional y viceversa. De modo que difícilmente puede aplicarse una regla basada en la supremacía del derecho internacional, al menos desde el punto de vista tradicional.

En ese sentido, la alternativa de un monismo con prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno no es la opción más idónea para comprender la relación entre estas dos ramas del derecho.¹⁵ En la medida que el monismo involucra una identidad de origen en todas las disposiciones nacionales e internacionales —pues todas procederían de las mismas normas originarias—, se pierde de vista que un orden estatal es espontáneo y autocreativo y se desarrolla a partir de fuentes propias que no necesitan afirmar su validez en el derecho internacional (Virally 1998: 122).

3.2. Control de convencionalidad como mecanismo idéntico al control de constitucionalidad

La relación entre estas dos figuras es consecuencia de diversas razones, entre ellas la relevancia de temas de orden constitucional sobre los que se aplica el control de convencionalidad (derechos fundamentales), así como porque la declaratoria de inconventionalidad de una norma en la práctica conlleva o genera que las autoridades nacionales la expulsen del ordenamiento, inapliquen o reinterpreten.

Del mismo modo, esta identidad o comparación se sustentan en el perfil de los tribunales que aplican control de convencionalidad; no obstante, este deben realizarlo todos los jueces. Es claro que son los tribunales o las cortes constitucionales las que ejercen de manera más visible.

De hecho, algunos tribunales latinoamericanos de orden constitucional —como el mexicano, el colombiano, el argentino y el brasileño— han identificado al control de convencionalidad que ellos aplican con el control de constitucionalidad. En el caso de México, la Corte Suprema, a partir de lo siguientes considerandos, ha señalado que el control de convencionalidad tendría los mismos efectos que los de constitucionalidad:

1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que

¹⁴ CIDH. Informe número 38/09, Caso 12.670. Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, 27 de marzo de 2009.

¹⁵ Podría haber, sin embargo, un ordenamiento que se defina como monista. En efecto, hay algunos ejemplos a nivel comparado, tal es el caso del holandés.

contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores ministros Aguirre Anguiano, así como los señores ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales por estimar que esta no es la instancia adecuada para realizar este análisis.¹⁶

Ahora bien, ello no involucra que exista un vínculo de identidad entre estas dos figuras, como regla predefinida, sino que dependerá de cada ordenamiento el vínculo que establezca entre estos tipos de control. Precisamente por ello, existe una postura que considera que ambos tipos de control no son equiparables, sino que se trata de diferentes técnicas de control normativo (Camota 2011: 51-66).

Pero más allá de la comparación entre los dos tipos de control mencionado, habría que determinar la intensidad con la que se aplica la técnica de convencionalidad en cada ordenamiento, ya que ello es lo que define su verdadero impacto y su relación con el examen de constitucionalidad. En el caso peruano, como se verá más adelante, la relación entre ellos es de identidad.

Por su parte, a los tribunales internacionales como el TEDH o la Corte IDH se les atribuye la categoría de verdaderos tribunales constitucionales (Binder 2011). Si se mencionan los fallos relativos al caso Barrios Altos vs. Perú, entre otros, las comparaciones con la justicia constitucional cobran sentido y se convierten en un punto de discusión y en objeto de estudio. Precisamente se coloca en entredicho el papel que juega la Corte IDH, pues el efecto que se ha generado en la práctica es la activación de procesos de reforma constitucional, la declaratoria de nulidad de normas nacionales (Barrios Altos vs. Perú), el control de las normas aprobadas vía referéndum (Almonacid Arellano vs. Chile); todas ellas cuestiones que han sido esencialmente propias de la esfera estatal.

A la vez, las técnicas para controlar la convencionalidad de las normas de derecho interno de la Corte IDH se asemejan a las del juez constitucional en tanto y en cuanto ambos jueces, el nacional y el de la Corte IDH, asumen un rol creador y de interpretación en el seno de los sistemas normativos en los que ejercen sus competencias.

Pero, esta coincidencia planteada en los términos antes descritos tiene como trasfondo un aspecto común relacionado con la defensa de la persona humana, en tanto fin último y supremo del modelo de Estado Constitucional y de los sistemas normativos de protección de los derechos humanos de origen posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Atendiendo a ello, se puede afirmar que existen semejanzas en la estructura y objetivos entre ambos tipos de control: como la protección objetiva y subjetiva de los derechos de la persona humana que sustentan al SIDH y a los ordenamientos nacionales, y también las

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el Expediente 912/2010 y votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como votos particulares y concurrentes de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.

técnicas de interpretación y contraste normativo que ambos tipos de jueces aplican en su labor jurisdiccional.

Empero, quizá lo más resaltante respecto a las similitudes de ambos tipos de control normativo es el papel que ejerce la judicatura constitucional e internacional en la defensa de los derechos de las personas. En ese sentido, la analogía entre ambas se sustenta más bien en el rol activista del juez en contextos de necesidad de fortalecimiento del Estado de derecho.

3.3. Control de convencionalidad como mecanismo paralelo al control de constitucionalidad

La lectura relativa al control de convencionalidad como obligación que deben llevar a cabo los jueces nacionales, independientemente de su rango y condición, identifica a la figura con la aplicación del derecho comunitario europeo.

En efecto, la Corte IDH parece diferenciar entre el examen de convencionalidad y el examen normativo de las fuentes del derecho que se hace a partir de la Constitución. Puede que haya ordenamientos en los que los no tienen la competencia para aplicar control de constitucionalidad, pero sí tienen la obligación de aplicar el control normativo derivado del artículo 2 de la CADH y de los instrumentos del parámetro interamericano.

En ese sentido, en la práctica, el examen de convencionalidad es otra técnica de control normativo que debe implementarse independientemente de los mecanismos de control de constitucionalidad de los ordenamientos nacionales; y en ese proceso podría, incluso, mimetizarse o entrar en conflicto con este último.

De hecho, en la resolución de supervisión de sentencia que se ha emitido a partir del caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad se ejercen de manera complementaria. De hecho, el control de constitucionalidad es inoponible al control de convencionalidad, lo que demuestra que en determinados supuestos puede ocurrir una situación de tensión entre ambos tipos de control.

[...] la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.¹⁷

Ahora bien, en esa lógica pareciera que lo que ocurre más bien es una suerte de reconfiguración de la forma en que se relacionan los sistemas normativos, no desde la perspectiva tradicional y estática de la pirámide kelseniana, como ya se ha señalado, sino de una suerte de aplicación de las reglas análogas a las del propio proceso de integración europeo —aun cuando el SIDH se guía bajo las reglas del derecho internacional—.

En efecto, el juez nacional en Europa es el juez comunitario por excelencia y tiene la obligación de aplicar el derecho comunitario, aun cuando no el control de constitucionalidad, generándose

¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 88.

así una suerte de relación paralela entre el Tribunal de la Unión Europea, los jueces ordinarios y entre estos últimos y el juez constitucional de los ordenamientos nacionales (Cardone 2011: 335 y ss.).

En el caso del control de convencionalidad en el SIDH, lo que habría que definir o delimitar son los alcances de este examen en la medida que no necesariamente se articulará directamente con el de constitucionalidad en casos límite como el aquí planteado (Gelman vs. Uruguay). En todo habrá que repensar el rol de las judicaturas nacionales y la forma en que se articulan con tribunales como la Corte IDH.

Esta es una idea que debiera trabajarse o ampliarse, aunque excede los términos del propio texto que se presenta aquí en tanto y en cuanto este se centra en la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En todo caso, se espera que lo aquí planteado sea más bien un punto de partida para la reflexión de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno no solo desde la lógica de los derechos humanos, sino también desde la perspectiva del derecho y la economía, entre otros.

3.4. Tipos de control constitucional con los que se realiza la comparación

En tanto y en cuanto el control de convencionalidad se comparará con el control de constitucionalidad, es necesario plantear algunos esbozos sobre la tipología del control de constitucionalidad sobre leyes que existe en el derecho comparado.

En principio, hay que señalar que en el siglo XX la expansión del modelo de Estado constitucional ha generado que entre los ordenamientos nacionales surjan valores comunes derivados del concepto de democracia constitucional (derechos fundamentales, sistema de representación, entre otros), pero también la noción de Constitución como norma vinculante, lo que ha involucrado el reconocimiento o adherencia a modelos de jurisdicción constitucional destinados a garantizar su fuerza normativa.

Aunque la defensa jurídica de la supremacía de la Constitución no es un fenómeno nuevo para el derecho anglosajón en el que la *judicial review* como garantía de la Constitución estadounidense data del siglo XIX, en el caso de los ordenamientos que pertenecen a la corriente del derecho continental, la justicia constitucional se ha convertido en un fenómeno de constante crecimiento a nivel mundial, ya sea a través de la creación de tribunales especializados o porque las Altas Cortes del Poder Judicial han redimensionado sus funciones, incorporando al control de constitucionalidad como una de ellas.

En ese sentido, se han configurado una serie de procesos de orden jurisdiccional que tienen como finalidad proteger objetiva y subjetivamente las normas y los principios reconocidos en las Constituciones de posguerra. En ese sentido, se mencionarán algunas de las modalidades por las que se lleva a cabo este tipo de proceso.

En efecto, autores como José Julio Fernández plantean una clasificación como la siguiente: a) control abstracto o concreto; b) control directo o indirecto; c) control principal o en vía incidental; y d) control subjetivo u objetivo.

Aunque esta clasificación denota que existe una diversidad de modos de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, aquí se mencionará la clásica distinción entre el modelo de control concentrado y el control incidental o difuso; empero se referirá al modelo

que combina los dos tipos de control antes mencionados.

a) Control abstracto.- Este tipo de control busca promover la defensa de la Constitución en términos objetivos, es decir, apunta a garantizar en sí mismos los principios que de ella se derivan. Por ello, se trata más bien de un examen normativo en abstracto que puede realizarse *ex post* o *ex ante*.

Si bien es un proceso de naturaleza fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en tanto y en cuanto previene la violación de los derechos de los individuos.

b) Control difuso.- Se trata de un control incidental, que principalmente funciona a pedido de parte y no *ex officio*; no obstante ello, en ordenamientos como el peruano, este tipo de control puede aplicarlo el juez ordinario aun sin que haya sido invocado por las partes. Como regla general, los alcances de sus efectos se centran en el caso en concreto, aunque es posible que lleguen a tener efectos generales.

De hecho, se puede mencionar el caso colombiano respecto de los alcances generales de las acciones de tutela y la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales como un ejemplo de casos a través de los cuales los procesos de control normativo incidental adquieren carácter general.

Sobre el tema, Ramírez da cuenta de la existencia de la figura del estado de cosas inconstitucionales y la repercusión de esta respecto de los efectos de un fallo, en principio, *inter partes* (2013: 63 y ss.). Asimismo, en relación con el caso peruano, también es posible que los procesos constitucionales de la libertad tengan alcances generales, como se verá en el acápite respectivo.

Ahora bien, en relación con el control de convencionalidad, a partir de esta clasificación, este podrá ser concentrado o difuso y podrá llevarse a cabo en ordenamientos que hayan asumido estos modelos como tales o en el caso en que se reconozca la coexistencia de ambos modelos en uno solo, como es el caso peruano.

En esa lógica, también se admite que el control de convencionalidad adopte la forma de las modalidades planteadas por Fernández, pero ello dependerá de la clasificación que se asuma en cada ordenamiento. De hecho, en el acápite relativo al control de convencionalidad que se aplica en el Perú, se han planteado algunos elementos para ello.

En líneas generales, este será el punto de partida para realizar la comparación entre los dos tipos de control normativo a los que se ha hecho alusión en este documento.

4. Control de convencionalidad por la justicia constitucional peruana

En este acápite se abordará lo relativo al control de convencionalidad que realiza el Tribunal Constitucional peruano. Si bien el texto parte del presupuesto de que la justicia constitucional peruana está conformada por los jueces ordinarios que aplican control difuso y el Tribunal Constitucional que aplica control concentrado y difuso, incidirá en la práctica de este último.

No obstante ello, se puede afirmar que en el Perú hay casuística relativa a la aplicación del control de convencionalidad en sede judicial ordinaria, aunque el uso del parámetro interamericano

para el control de normas de derecho interno se ha llevado, principalmente, de manera tácita o innominada. Un ejemplo emblemático de la aplicación del examen de convencionalidad es el que realizó la jueza Antonia Saquicuray en 1996 a propósito de la inaplicación de las leyes de autoamnistía en el proceso penal por el caso Barrios Altos.¹⁸

Asimismo, luego del retorno a la democracia, la única vez que se ha esbozado que los jueces nacionales tienen la obligación de utilizar el canon de convencionalidad ha sido respecto de un tratado que no pertenece al SIDH. En el fallo recaído en el Expediente 0024-2010-PI/TC se hizo referencias al deber del juez ordinario de aplicar control de convencionalidad difuso sobre la Resolución Legislativa 27998.¹⁹

Si bien no se ha hecho referencia al control de convencionalidad de forma expresa, ello se puede deducir de la forma en que el Tribunal Constitucional ha planteado la obligación a los jueces que aplican el tratado en mención en las causas a su cargo.

En concreto, la Resolución Legislativa 27998 ratificaba la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, pero establecía que este tratado no era aplicable en los casos previos al acto de ratificación. Aunque el Tribunal Constitucional no pudo declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues la demanda fue planteada después del periodo límite para interponer una acción de este tipo, indicó que los jueces ordinarios debían inaplicarla toda vez que desconocía la imprescriptibilidad de los delitos a los que refiere el tratado en los casos previos a la fecha de ratificación de este.

Un primer elemento que se podría derivar de los dos fallos mencionados es que en el ordenamiento peruano la obligación de llevar a cabo el examen de convencionalidad se aplica respecto de cualquier tratado de derecho internacional, es decir, no solo de la CADH.

De hecho, ello se puede deducir también del caso AIDSESEP (STC 05427-2009-PC/TC). En el fallo en concreto, se señaló que el Estado peruano había incurrido en una omisión legislativa al no haber aprobado en un plazo razonable una ley que desarrollase el derecho a la consulta previa, en tanto derecho fundamental de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En razón de ello, se ordenó al Ministerio de Energía y Minas la emisión de un reglamento sectorial que regulase el procedimiento para aplicar la consulta previa en los procesos relativos a la exploración y explotación de hidrocarburos.

Este es un típico ejemplo en el que una norma de origen internacional se ha utilizado como parámetro de control directo respecto de una omisión legislativa; aunque en el ordenamiento

¹⁸ Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Expediente 93-95, Lima, 16 de junio de 1995. «Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada, es necesario advertir que esta resulta incompatible con las normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados partes, —entre ellos el Perú—, tiene la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que contravienen [...] el artículo ciento treintinueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo inciso primero y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la Garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona; en consecuencia el dispositivo legal In Comendo al suprimir la protección jurídica de estos derechos fundamentales viola las normas Constitucionales ya glosadas».

¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0024-2010-PI/TC, 21 de marzo de 2011, FJ. 74-78.

no existe un proceso directo para ello, sino que se ha reconducido a través del ejercicio de la acción de cumplimiento a fin de solicitar a la autoridad administrativa que regule el tema que es objeto de discusión.

Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas.²⁰

En cada uno de los casos mencionados en este acápite, es palpable que el juzgador utiliza un parámetro de control conformado por los tratados de derecho internacional y un objeto controlado que ha estado constituido por normas de rango legal u omisiones de orden legislativo.

En efecto, la justicia constitucional ha hecho uso de los tratados en procesos de orden constitucional y, en esa lógica, el hecho de que en los casos mencionados se haya inaplicado una norma por ser incompatible con la CADH o se haya ordenado ello a los jueces ordinarios trae a colación la interrogante relativa a si en el ordenamiento peruano el control de convencionalidad es sinónimo del concepto de control de constitucionalidad.

De hecho, el ordenamiento peruano encuadra en el modelo de los ordenamientos en los que el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad, con las implicancias que ello conlleva. Al respecto, existen algunas razones que permiten llegar a dicha conclusión: a) La práctica de la judicatura, b) el concepto ampliado de Constitución y c) los efectos de los fallos en los que se aplica el examen de convencionalidad.

4.1. El ordenamiento peruano y la apertura constitucional como presupuesto para la construcción de la identidad entre el canon de convencionalidad y el canon de constitucionalidad

El Estado peruano podría calificarse como Cooperativo (Häberle 2002: 259),²¹ pues normativamente cuenta con cláusulas que le permiten la recepción directa e indirecta de fuentes internacionales normativas e interpretativas, como para la exportación de los principios, valores e instituciones del Estado Constitucional hacia otros Estados y hacia el ámbito internacional.²²

Empero existen otros elementos que se derivan de la práctica y permiten identificar la existencia de una relación de identidad entre el canon de convencionalidad y el canon de constitucionalidad, aunque formalmente se establezca algo distinto. En razón de ello, en las líneas que siguen, se podrían mencionar los siguientes dos conceptos de identidad entre los

²⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC, FJ. 26.

²¹ Término acuñado por Peter Häberle para explicar la relación del Estado Constitucional y los órganos que lo conforman con los sistemas normativos de carácter internacional y comparado.

²² Véase el acápite 5.1. a) del presente texto.

conceptos que son objeto de comentario: identidad en sentido formal e identidad en sentido material.

La identidad en sentido formal se genera cuando el parámetro de convencionalidad se ha incorporado expresamente al ordenamiento nacional con rango constitucional. Por ejemplo, las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela confieren rango constitucional a los tratados internacionales, y la Constitución argentina señala lo mismo respecto de los tratados de derechos humanos.

De esta forma, podría concluirse que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad (Von Bogdandy 2010: 416). Pero aún con este reconocimiento formal, la práctica podría demostrar lo contrario ya que en la realidad los estándares interamericanos no se incorporan en los ordenamientos en los que la propia Constitución lo establece como obligación. Al respecto, podría mencionarse el caso venezolano como ejemplo de lo antes mencionado.

En efecto, si bien el artículo 23 de la Constitución de 1993 establece que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público», ello no obsta para que en la práctica estos no tengan impacto en el ordenamiento nacional.

Por ejemplo, la Suprema Corte de la nación de Venezuela estableció en el 2003 un fallo que atenta contra la propia regla de la supraconstitucionalidad, pues señaló que el máximo intérprete de la Constitución es ella misma, por lo que no es admisible admitir una interpretación derivada de otros tribunales, incluso si esta es más progresiva.

La jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.²³

Por otro lado, incluso si el rango del parámetro de convencionalidad no fuera de orden constitucional (según el propio ordenamiento), existirá identidad en sentido material; porque en la práctica los jueces constitucionales utilizan al canon interamericano como parámetro de constitucionalidad.

Esta identidad material podría entenderse en términos interpretativos o normativos. En el primero de los casos, el parámetro de convencionalidad se aplicaría indirectamente para dotar de contenido a la norma controladora en sentido formal (Constitución formal); mientras que bajo la modalidad normativa, el canon convencional se aplicaría directamente.²⁴

En relación con el ordenamiento peruano, el examen que se ha realizado de este hace referencia a las dos perspectivas mencionadas. En efecto, existen criterios de orden formal

²³ Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003.

²⁴ Para un desarrollo del tema, véase Queralt (2008: 220 y ss.).

y material que permiten determinar el rango de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano y en función de ello identificar si el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad.

a) Identidad formal derivada del rango de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano

En el ordenamiento peruano, el rango de los tratados de derechos humanos no se ha establecido expresamente. En concreto, la IV Disposición Final y Transitoria se define como una clausula hermenéutica y, precisamente por ello, no define el rango de este tipo de instrumento.²⁵

Esta posición se refuerza a partir de las normas derivadas del Código Procesal Constitucional (artículos V del Título Preliminar y 79) en la medida que establecen que la Constitución se interpreta de conformidad con los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de tribunales internacionales.

Sin embargo, de acuerdo con autores como César Landa (1999: 564-565) y el propio Tribunal Constitucional, los tratados de derechos humanos se ubican en el rango más alto del sistema de fuentes nacional,²⁶ aun cuando la Constitución vigente no contenga una disposición que reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Ello podría deducirse de la interpretación sistemática del artículo 55 de la Constitución que plantea la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno y el artículo 3 del mismo texto que recoge la cláusula de derechos implícito, la cual otorga rango constitucional a los derechos no enumerados expresamente en el artículo 2.

Las consecuencias de elegir una u otra alternativa implican que con la primera de ellas el uso del parámetro normativo sea indirecto; mientras que, en el segundo de los casos, el uso sea directo. En el caso de que los tratados de derechos humanos se aplicaran en sentido interpretativo, el juez nunca podría declarar la inconstitucionalidad directa de una norma contraria a estos; ya que estos solo se aplicarían para dotar de contenido a una norma de la Constitución formal.

Sin embargo, en cualquiera de los dos supuestos, el Estado peruano tendría la obligación de incorporar los contenidos del estándar interamericano en el sistema de fuentes nacional y promover su aplicación.

Ahora bien, el artículo 3 de la Constitución no es concluyente en términos de rango; pues el «derecho implícito» podría aplicarse indirectamente antes que directamente, de modo que lo que este establece se asemejaría más a la teoría que otorga efectos interpretativos a los tratados. De hecho, en la práctica, los tratados de derechos humanos se aplican en mayor medida en forma indirecta o interpretativa, como lo ha sido en casos emblemáticos como el de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (PROFA 2), entre otros.

A su vez, la teoría del rango constitucional de los derechos debiera contrastarse con el hecho de que los tratados pueden ser objeto de control de constitucionalidad (artículo 200, numeral

²⁵ Esta última posición es la asumida en ordenamientos como el español; de acuerdo con la doctrina española el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 no autoriza el uso autónomo de los tratados y jurisprudencia internacional —la Cuarta Disposición recoge contenido idéntico—.

²⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0002-2009-PI/TC, FJ. 59-78.

4 de la Constitución). Sin embargo, si se admite que este último dispositivo es determinante para atribuirle rango legal a los tratados de derechos humanos, prevalecería la perspectiva estática y formalista frente a la dinámica y finalista que sustenta la equiparación del rango de los tratados al de la Constitución formal.

En la medida que prevalece la segunda de estas alternativas, se puede afirmar que existen dos vertientes por medio de las cuales se puede justificar la obligación de ejercer control de convencionalidad por parte de los jueces constitucionales peruanos. Ninguna se opone, sino que más bien se armoniza con el artículo 3 del texto constitucional.

Ya sea en términos interpretativos o directos, el concepto de Constitución es amplio e involucra a los instrumentos que materialmente tienen una relación con los principios y valores de la Constitución de 1993.

b) Identidad material derivada de la práctica jurisprudencial

Si bien se ha planteado la existencia de una posición que le brinda a los tratados de derechos humanos fuerza interpretativa y de una posición que otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos, no debe perderse de vista que la práctica de la justicia constitucional puede distar de estas.

En efecto, se ha hecho referencia a la necesidad de abordar el estudio del control de convencionalidad desde la perspectiva dinámica, ya que ello permitirá poner de relieve la importancia de la práctica judicial en la medida que esta es la que determina la relevancia del uso constitucional de los tratados de derechos humanos.

La existencia o inexistencia de una cláusula de apertura constitucional no es determinante para identificar a las figuras que son objeto de comparación en este estudio, como tampoco lo son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el rango constitucional de los tratados de derechos humanos si es que en la realidad no se materializan en prácticas concretas.

En concreto, se puede afirmar que existen casos en los que no se ha aplicado el examen de convencionalidad o este se ha realizado en sentido formal, distorsionándose el contenido del parámetro interamericano para declarar la constitucionalidad de una norma totalmente contraria a los estándares del SIDH.

Un ejemplo claro de apartamiento del uso del estándar interamericano en el ordenamiento peruano es el caso relativo a la legislación sobre justicia militar. En la última de las sentencias recaída en el Expediente 0001-2009-PI/TC, se declaró la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 29182 que establecen que los tribunales militares son integrados por oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas,²⁷ dejando de lado los estándares establecidos en los casos Palamara Iribarne vs. Chile, Cesti Hurtado vs. Perú, entre otros.

En líneas generales, debe apuntarse a que la realidad concuerde con lo que indica la jurisprudencia constitucional y la doctrina nacional respecto del rango de los tratados de derechos humanos a fin de consolidar la correcta aplicación de estos últimos.

²⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 001-2009-PI/TC, 29 de diciembre de 2009, FJ. 42.

c) ¿Cómo se relacionan las normas constitucionales con los tratados de derechos humanos?

En el ordenamiento peruano, la relación entre la Constitución formal y los tratados de derechos humanos es de horizontalidad, ya que estos se encuentran en el mismo rango de la pirámide Kelsen. De ese modo, ante una antinomia entre lo que señala el texto constitucional y los tratados de derechos humanos, se reconduce por la interpretación constitucional.

Así, el vínculo entre la Constitución de 1993 y el canon de convencionalidad no genera la invalidación de la primera si es que es incompatible con el segundo. En la medida que tanto los tratados del SIDH que ha ratificado el Estado peruano forman parte del concepto de Constitución material, conforman una unidad con el texto formal, cuyos contenidos se armonizan a la luz de los principios de unidad y concordancia práctica.

Como caso específico, se puede mencionar el artículo 140 de la Constitución de 1993; ya que si bien no ha sido invalidado a través del parámetro convencional, se ha reinterpretado a la luz de este último. Aunque pudiera parecer forzado, lo cierto es que desde la perspectiva del propio sistema de fuentes, el artículo 51 de la Constitución establece que ella es la norma suprema del ordenamiento.

En ese sentido, la forma en que los dos tipos de normas se relacionan debiera canalizarse a través de esta regla. Así, el artículo 140 de la Constitución establece que la pena de muerte se aplica por el delito de traición a la patria en caso de guerra y por el de terrorismo. En concreto, el contenido de este dispositivo incorporó dos nuevos supuestos no existentes mientras se encontraba vigente la Constitución de 1979, que en el artículo 235 proscribía la pena de muerte a excepción del caso de traición a la patria en caso de guerra exterior: terrorismo y guerra interna.

De hecho, cuando el Perú ratificó la CADH, los tipos penales a los que se aplicaba la pena de muerte eran más amplios; pero con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, estos se redujeron a los ya mencionados.

En ese sentido, se puede afirmar que la reforma constitucional de 1993 vulneró lo establecido en el artículo 4.2 de la CADH que señala que la aplicación no se extiende a otros delitos. En relación con ello, la justicia constitucional peruana ha establecido que el contenido del artículo 140 debía interpretarse a la luz de los instrumentos del canon interamericano.²⁸

En efecto, el fallo recaído en el Expediente 0489-2006-PHC/TC ha señalado que la pena de muerte solo puede aplicarse en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1979.²⁹

4.2. Canon de convencionalidad en el ordenamiento peruano y objeto controlado

Una vez que se ha determinado la identidad de la figura del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad, habría que indicar qué instrumentos, además de la CADH, constituyen el parámetro de convencionalidad y el parámetro de constitucionalidad.

²⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, 4 de enero de 2003, FJ. 181 y ss.

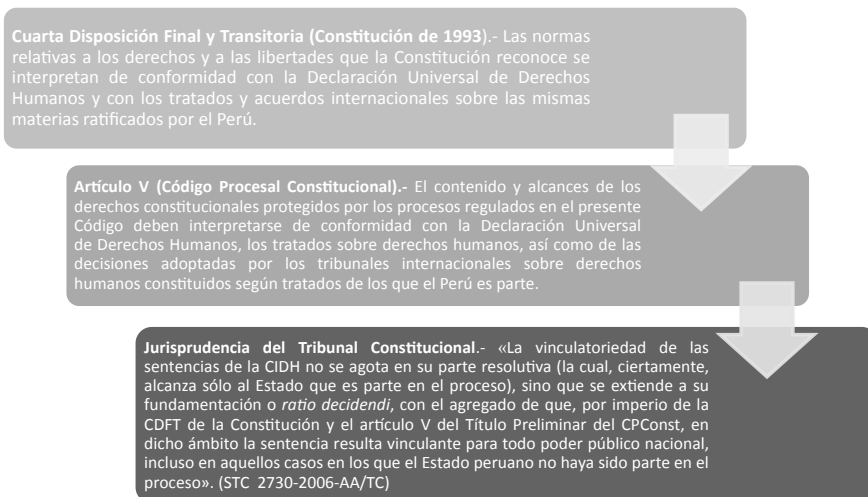
²⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0489-2006-PHC/TC, FJ. 20.

Así, se puede señalar que, en el ordenamiento peruano, el canon interamericano está compuesto por todos los instrumentos del SIDH que han sido ratificados por el Estado peruano; pero también por la jurisprudencia, las Opiniones Consultivas y las recomendaciones de la CIDH.

En este último caso, si bien tales recomendaciones carecen de efectos vinculantes, en la práctica, la justicia constitucional peruana las ha incorporado como parte del canon interamericano que aplica para la resolución de los casos que conoce. Un ejemplo de ello es el fallo recaído en el Expediente 04587-2004-AA/TC, en el que se establecieron los criterios para evaluar una eventual afectación al derecho al *ne bis in ídem*.

En el caso de la jurisprudencia y los tratados ratificados por el Estado peruano, la Constitución de 1993, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dan cuenta de ello.

Gráfico N.º 2 Tratados de Derechos Humanos y jurisprudencia internacional como instrumentos interpretativos



Elaboración propia

En el cuadro se debe destacar aquella que da cuenta de la jurisprudencia del TC, en tanto este ha señalado que la vinculatoriedad de los fallos de los tribunales internacionales son vinculantes respecto de su *ratio decidendi* como del *decisum*.

En ese sentido, la vinculatoriedad de los fallos del SIDH y la forma en que se determina el contenido relevante para el caso depende del juez constitucional. De ahí que su aplicación se asemeje a la de la doctrina constitucional en tanto el sujeto que identifica la regla que se ha de aplicar no es la Corte Interamericana, sino el magistrado receptor de la jurisprudencia interamericana.

A la vez, en relación con el objeto controlado, se puede afirmar que este guarda coherencia con lo establecido en el SIDH; es decir, tanto las normas (incluidas las de rango constitucional),

las interpretaciones de las leyes y las omisiones legislativas son objeto de análisis por parte de la judicatura.

En efecto, en el ordenamiento nacional se reproduce la distinción entre el concepto de disposición y norma, precisamente porque el control de constitucionalidad involucra el examen de las disposiciones constitucionales pero también de las interpretaciones. En ese sentido, establece que las sentencias interpretativas tienen asidero y justificación en este tipo de distinción:

La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible solo si se tiene en cuenta que, entre «disposición» y «norma», existen diferencias (Riccardo Guastini, «Disposizione vs. Norma», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).³⁰

De ahí que en el ordenamiento nacional el uso del canon interamericano para determinar la convencionalidad de una norma recaerá no solo sobre el texto literal de la norma, sino también respecto de las posibles interpretaciones que identifique el juez constitucional.

Conviene mencionar que, en el caso de las omisiones legislativas, si bien no existe un procedimiento específico para determinar su constitucionalidad y convencionalidad, la justicia constitucional ha establecido por vía jurisprudencial los supuestos en los que se puede brindar tutela efectiva.³¹ En efecto, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a los diversos tipos de omisión legislativa que existen y respecto de los cuales la justicia constitucional podría realizar un control constitucional.

4.3. Modalidades del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano

En este documento se plantea una clasificación relativa a las modalidades del control de convencionalidad que llevan a cabo los jueces nacionales. Para ello, se recurre al uso de los tipos de control de constitucionalidad.

Siguiendo a Fernández Rodríguez, el examen de constitucionalidad es del tipo: a) abstracto o concreto; b) directo o indirecto; c) principal o en vía incidental; o d) subjetivo u objetivo (2002: 74-75). En ese sentido, la clasificación que se propone con relación al examen de convencionalidad es la siguiente.

4.3.1. Por el tipo de proceso en que se aplica

a) Concentrado

El control concentrado de convencionalidad se lleva a cabo en sede nacional y en sede internacional. Este examen cumple un rol de defensa del ordenamiento en sí mismo, no tanto

³⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, FJ. 34.

³¹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 04587-2004-AA/TC, FJ. 67.

en la lógica de prevenir la afectación de derechos de un individuo (dimensión subjetiva), sino en la de garantizar el contenido de los dispositivos del canon interamericano.

En suma, se trata de un control objetivo con el que se busca preservar la coherencia o unidad de principios de los ordenamientos nacionales y el SIDH. Así, es un juicio de puro derecho, *in abstracto*, que puede llevarse a cabo de modo *ex post* o *ex ante*.

Ahora bien, el control *ex post* en sede nacional podría plantearse respecto de normas vigentes e incluso derogadas a fin de determinar si son convencionales o inconvencionales. Por su parte, el examen de convencionalidad *ex ante* en sede nacional se llevaría a cabo respecto de proyectos de ley.

En el ordenamiento peruano, de acuerdo con el artículo 200, inciso 4 de la Constitución de 1993, el control de convencionalidad procedería contra todos los dispositivos con rango de ley. El control que se lleva a cabo en este ordenamiento es *ex post*.

b) Difuso

En el ámbito nacional, el control difuso de convencionalidad se lleva a cabo incidentalmente, es decir, al interior de cualquier tipo de proceso (laboral, civil, penal, constitucional, ejecutivo, etcétera). Si una disposición o su interpretación son incompatibles con el canon o parámetro de convencionalidad, la norma se inaplicará al caso en particular; de ahí que el uso de esta modalidad de control, en principio, no involucre consideraciones sobre la validez de la norma inconvencional, pues seguirá vigente o surtiendo efectos en el ordenamiento.

Sin embargo, los efectos de un fallo recaído en un caso específico también podrían ser generales dependiendo de la técnica que se aplique para ello o de la propia naturaleza de las sentencias que se emiten, como se verá en la siguiente clasificación.

El control difuso de convencionalidad se aplicará en los procesos ordinarios o en los procesos constitucionales de la libertad como el amparo, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución de 1993 y demás artículos o interpretaciones que atribuyen al parámetro interamericano carácter de canon constitucional.

El control de convencionalidad difuso procederá contra leyes de carácter autoaplicativo o heteroaplicativo que afecten los derechos de un individuo, de conformidad con el artículo 3 del Código Procesal Constitucional.³² Igualmente, el control de convencionalidad podrá ser de aplicación en los procesos de amparo en los que se discute un hecho lesivo a partir de los efectos de una norma de rango reglamentario en la esfera de derecho de las personas.

En relación con el amparo contra normas heteroaplicativas, es preciso mencionar que el Tribunal Constitucional ha mencionado que este puede controlar una amenaza cierta e inminente o actos basados en la aplicación de una norma de rango legal. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

³² Artículo 3: Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.
Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Respecto de los supuestos de procedencia de un amparo contra actos basados en la aplicación de una ley [...], en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los siguientes criterios:

Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, esta habrá de ser cierta y de inminente realización.

[...]

De otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizarse actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.³³

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que el examen de convencionalidad se concreta a través del proceso de amparo contra normas. Igualmente, los tribunales administrativos también tienen la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad. En efecto, en el caso (Salazar Yárlenque) se estableció que estos tenían la obligación de aplicar el control difuso de constitucionalidad. En la medida que estos dos tipos de control son sinónimos, el tribunal administrativo tendrá la obligación de aplicar el examen de convencionalidad.

4.3.2. Por los efectos del control de convencionalidad

a) Generales

El control de convencionalidad tendrá efectos generales cuando se aplique en procesos de carácter abstracto, ya que en ellos se discuten cuestiones de puro derecho; o cuando un proceso de carácter concreto —que tienen efectos *inter partes*— adquiere efectos generales que van más allá de las partes involucradas en el proceso.

Si es que se trata del control de convencionalidad realizado en sede nacional, tendrá los mismos efectos que los procesos constitucionales de carácter concentrado o los efectos de los procesos constitucionales de la libertad cuyos efectos han sido generalizados a través de las técnicas de objetivación de los procesos de tutela de los derechos fundamentales (precedente, *stare decisis*, entre otros).

En efecto, en el ordenamiento peruano, los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad son generales (artículo 204 de la Constitución de 1993) ya sea que declaren una norma incompatible y por ende carente de efectos jurídicos (anulación o invalidez) o que establezcan que esta es constitucional; los poderes públicos estarán vinculados por los alcances del fallo, en la medida que este es de naturaleza normativa.

Al respecto, Landa señala que una consecuencia de lo antes señalado es el hecho de que «los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir las sentencias del TC sino a riesgo de vulnerar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución» (2009: 41).

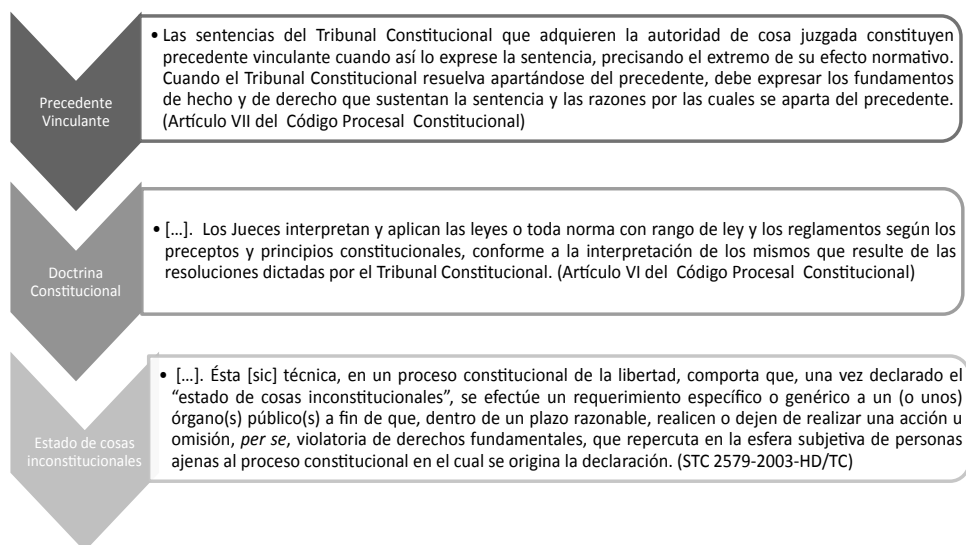
En ese sentido, en la medida que el control de convencionalidad en el ordenamiento peruano es sinónimo de control de constitucionalidad, todos los efectos y naturaleza de este último se aplicarán o se asimilarán a la técnica de convencionalidad.

³³ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en los Expedientes 5719-2005-PA/TC (FJ. 43 y ss.), 6413-2005-PA/TC (FJ. 5 y ss.) y otros.

Asimismo, también se ha adelantado que los efectos del examen de convencionalidad pueden ser generales aun cuando este se haya aplicado en casos vinculados con los procesos constitucionales de la libertad, es decir, con los procesos de habeas corpus, amparo y habeas data.

En el ordenamiento peruano, tanto el Código Procesal Constitucional como la práctica del Tribunal Constitucional reconocen determinadas técnicas procesales que dotan de carácter general a los fallos que emite la justicia constitucional en el seno de los procesos constitucionales. Así, se puede mencionar la figura del precedente vinculante, la doctrina constitucional y el estado de cosas inconstitucionales.

Gráfico N.º 3 Definición de precedente vinculante, doctrina constitucional y estado de cosas inconstitucionales



Elaboración propia

Los institutos mencionados son una muestra de la doble dimensión de los procesos constitucionales. Si bien es cierto que los procesos de la libertad tienen alcances principalmente de carácter subjetivo, ya que buscan reparar o evitar la violación de los derechos de una víctima determinada, también protegen a los derechos en sí mismos en tanto y en cuanto son principios de la Constitución de 1993.

b) Aplicables a un solo caso en concreto

Los efectos concretos del examen de convencionalidad que se realiza en el ámbito nacional, en los casos que hay identidad con el control de constitucionalidad, se materializan a través de los procesos ordinarios o constitucionales de la libertad en los que el control de convencionalidad se aplica por vía incidental, solo al caso que se resuelve en dicho momento.

No obstante ello, la práctica continuada con relación a la inaplicación de una norma inconveniente genera que los efectos del control de convencionalidad se asemejen a los de una declaratoria de invalidez, propia de los procesos de control constitucional concentrado.

4.3.3. Por el uso del canon interamericano

a) Directo

En este caso, la norma parámetro es la CADH u otro instrumento normativo del SIDH. La norma nacional se contrasta directamente con el instrumento de derecho internacional. En ese sentido, el dispositivo de fuente internacional no se utiliza para dotar de contenido a una norma que pertenezca a la Constitución formal, sino que por sí misma adquiere la fuerza activa para expulsar del ordenamiento a la norma o la omisión contrarias.

En el caso del control de convencionalidad que se realiza a partir del canon de convencionalidad constituido por las normas SIDH, no se ha identificado ningún ejemplo de esta modalidad de examen normativo. Sin embargo, se ha hecho alusión al caso AIDSESEP en el que el Tribunal Constitucional controló la omisión legislativa relativa a la regulación del derecho a la consulta.³⁴ En la práctica, el control de convencionalidad que ha aplicado el máximo intérprete de la Constitución se ha reconducido a través de la tipología indirecta que se explica a continuación.

b) Indirecto

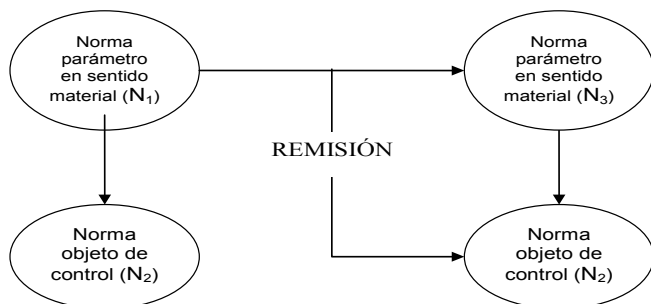
En este caso, la norma que sirve, materialmente, como parámetro de control (N_1) del objeto controlado (N_2) dota de contenido a otro dispositivo que funciona como canon de convencionalidad en sentido formal (N_3).

En términos reales se habrá realizado un examen de convencionalidad de N_2 a la luz de N_1 , pero el resultado de este ejercicio se planteará como consecuencia del contraste de N_3 sobre N_2 ; en términos formales, N_3 será el dispositivo directamente aplicado.

Las modalidades aquí planteadas son aplicables al caso peruano y también al tipo de control que realiza la Corte IDH.

³⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC.

Gráfico N.º 4
Control de convencionalidad Indirecto



Elaboración propia

Un ejemplo de lo aquí mencionado es el del derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos de carácter disciplinario. El artículo 8 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (N_1) sirvieron para dotar de contenido al artículo 139, inciso 3 del texto constitucional (N_3). A partir del uso del canon interamericano, el Tribunal Constitucional indicó que el artículo constitucional mencionado se proyecta no solo al ámbito jurisdiccional, sino también a sede administrativa.³⁵

Bajo ese criterio se analizaron algunos dispositivos del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (N_2). De acuerdo con dicha norma, algunas sanciones que se imponían a los miembros de la PNP no tenían como fundamento una investigación previa, lo que vulneraba el derecho de defensa derivado del artículo 139. 3.³⁶

4.4. La concreción de las modalidades del control de convencionalidad

Las diversas modalidades de control de convencionalidad a las que se ha hecho alusión en este documento se materializan en el ordenamiento peruano. En la medida que este es sinónimo de control de constitucionalidad, es posible hablar de un control de convencionalidad concentrado, difuso, con efectos generales, concretos, e indirecto.

Ahora bien, el impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano ha permitido promover la justicia frente a la impunidad y la garantía de derechos como el debido proceso y la tutela procesal efectiva en el ordenamiento peruano.

En el siguiente cuadro se plantean algunos ejemplos relativos al tipo de control de convencionalidad que se ha llevado a cabo en el ordenamiento peruano. La lista es solo una muestra, no busca ser representativa.

³⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, Fj. 12 y 13.

³⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, Fj. 13.

Cuadro N.º 3
Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha aplicado control de convencionalidad

Sentencia	Tipo de control de convencionalidad
Expediente 0007-2007-AI/TC: Inconstitucionalidad de la Ley N° 28642 que impedía la procedencia de las demandas de amparo contra resoluciones en materia electoral. La ley se analiza a la luz de los artículos 8 y 25 de la CADH. Estos dotan de contenido al artículo 200, inciso 2 de la Constitución de 1993 (parámetro formal de control).	Concentrado, indirecto y con efectos generales
Expediente 2409-2002-AA: Se analiza la procedencia del amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura a la luz del artículo 25 de la CADH. Este dispositivo dota de contenido al artículo 142 de la Constitución de 1993.	Difuso, indirecto y con efectos concretos
Expediente 679-2005-PA/TC: Se analiza si las resoluciones expedidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar anularon el archivamiento definitivo del proceso en su contra por la matanza del caso Barrios Altos.	Difuso, indirecto y con efectos generales

Elaboración propia

Ahora bien, el último de los casos mencionados en el cuadro es relevante por los motivos que se explican a continuación (Expediente 679-2005-PA/TC). El demandante Santiago Martín Rivas alegó que los efectos del fallo del caso Barrios Altos vs. Perú no se extendían al caso La Cantuta en el sentido del juzgamiento al que debían ser sometidos los responsables ya que la incompatibilidad de las leyes de amnistía se refiere únicamente al caso concreto sancionado por la Corte IDH.

Al respecto, el Tribunal Constitucional analizó la sentencia de la Corte IDH, lo que le permitió reafirmar que las leyes de autoamnistía eran un ejemplo de nulidad de una norma, ya que carecían de efectos desde su emisión y, por tanto, el fallo de la Corte IDH tenía alcances generales. En ese sentido, la demanda se declaró infundada. Lo relevante de este pronunciamiento es que involucró la incorporación de un criterio de validez al sistema de fuentes nacional.

En el ordenamiento peruano, por regla general, las leyes son anulables y el único caso de nulidad es el que se recoge en el artículo 74 de la Constitución de 1993 (referido a normas tributarias). A partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se hizo visible que el fallo Barrios Altos añadió un supuesto de nulidad en relación con las leyes de autoamnistía.

Empero, los efectos que ocasionó la sentencia del caso Barrios Altos no son óbice para atribuir a los fallos de la Corte IDH impacto directo ya que su naturaleza no es tal, aunque haya ordenamientos como el peruano que se lo reconocen vía legislativa o jurisprudencial; precisamente, ello depende de cada ordenamiento.

Lo que ocurre en una situación es una especie de reenvío, como ya se ha explicado en este documento. De acuerdo con la Ley 27775 y el artículo 115 del Código Procesal Constitucional, los fallos internacionales tienen efectos directos en el ordenamiento nacional, pero esta es una respuesta que facilita la ejecución de una sentencia.

En todo caso, esta normativa no termina siendo concluyente respecto al rol y relación de la Corte IDH y el ordenamiento peruano. Sin embargo, para algunos el hecho de que los fallos de la Corte IDH puedan ostentar efectos directos visibiliza la insuficiencia de naturaleza declarativa que se les atribuye.

En ese sentido, debiera generarse una reflexión al respecto ya sea para reafirmar lo plantado en este documento, o para dar cuenta de la existencia de un cambio en la forma de concebir la relación entre sistemas normativos y tribunales de origen nacional e internacional.

4.5. Etapas en la aplicación del canon de convencionalidad por el Tribunal Constitucional

La aplicación del control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional ha tenido etapas en las que ha generado un impacto en la configuración progresiva de los derechos fundamentales. Empero, en un segundo momento, ha existido un retroceso en la aplicación de los estándares derivados del SIDH.

En concreto, se puede afirmar que ha existido una etapa de incorporación, otra de desarrollo paralelo con los estándares del SIDH y otra de rechazo (*rejection*). A continuación, se plantearán algunos ejemplos de ello.

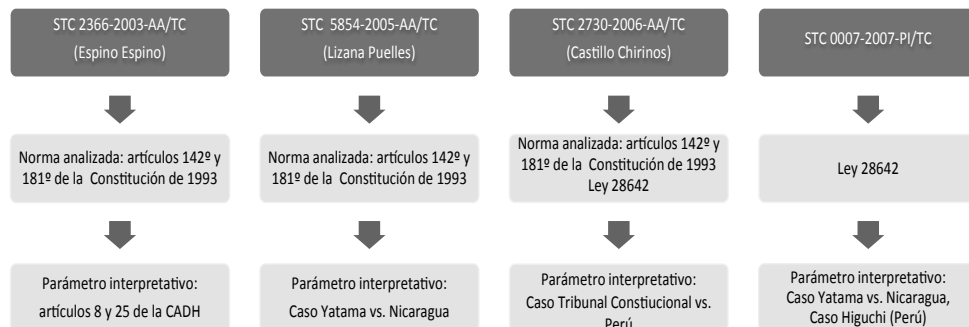
a) Adherencia plena

El supuesto de adherencia plena involucra los casos en los que los Estados han incorporado plenamente los estándares del SIDH para el desarrollo de los contenidos de los derechos en sede nacional. Los estándares del SIDH han involucrado una innovación al momento de aplicarse en el derecho interno. Al respecto, se pueden mencionar los casos de amparo electoral y las leyes de autoamnistía como ejemplos de ello.

En el caso de amparo electoral, el Tribunal ha empleado los artículos 8 y 25 de la CADH y ha recogido lo indicado por la Corte IDH en casos como *Yatama vs. Nicaragua* para reinterpretar los dispositivos constitucionales que indicaban que no procedía recurso alguno contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (artículos 142 y 181 de la Constitución), así como para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 27682 que eliminó el supuesto de procedencia de amparo electoral reconocido en el artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional.

Este es un ejemplo claro de sentencias reiteradas en las que el Tribunal Constitucional ha consolidado o adecuado los contenidos de derechos de conformidad con los derivados del SIDH desde la lógica que ningún poder del Estado está exento de control jurisdiccional, pero también desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva como irrenunciable frente a cualquier situación de abuso o arbitrariedad por parte del Estado.

Gráfico N.º 5
Amparo electoral: ejemplo de adherencia plena a la jurisprudencia de la Corte IDH



Elaboración propia

b) Desarrollo paralelo de contenidos

Este supuesto grafica una dinámica en la que tanto en la jurisprudencia nacional como en la interamericana se han desarrollado estándares análogos en términos del objeto de protección del derecho, aunque no ha habido una interconexión entre ellas al momento de definir los alcances de un derecho (Góngora 2010: 403-430, tomo II).

El caso relativo a la protección del acceso al cargo público en condiciones de igualdad reconocido en el artículo 23 de la CADH es un ejemplo del desarrollo paralelo de contenidos por parte de los tribunales nacionales y la Corte IDH.

En efecto, en el caso PROFA II, el Tribunal Constitucional desarrolló ampliamente el contenido del derecho de acceso a la función pública: a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública y d) Condiciones iguales de acceso. A la luz de estos elementos, la norma se declaró inconstitucional.³⁷

Ello supuso una innovación en el ordenamiento nacional, ya que hasta ese momento la Corte IDH había señalado que el derecho en mención solo comprendía la dimensión del acceso a un cargo público (caso Tribunal Constitucional vs. Perú, un fallo directamente vinculante para el Estado peruano).

A su vez, posterior y paralelamente, a partir del caso Apitz Barbera vs. Venezuela, la Corte IDH ha utilizado la Observación General 25: «La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto» de 1996 para ampliar el contenido protegido del derecho analizado. En ese sentido, ha señalado que el derecho de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad incluye también el de permanencia en el cargo, lo que a su vez genera al Estado la obligación de asegurar la estabilidad del funcionario.

³⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC, FJ. 65-98.

c) Rejection

El grado de incumplimiento de los fallos de la Corte IDH por parte de los Estados condenados, pero también por parte de aquellos que no siendo los destinatarios directos de un caso contencioso no incorporan a su ordenamiento los estándares derivados del SIDH, no es poco común (Huneeus 2011: 494-533).

En la estructura de la justicia militar, el derrotero seguido por esta es un ejemplo del rechazo a los estándares del SIDH en materia de independencia judicial. En un primer momento, en el fallo 0023-2003-AI/TC se concluyó que el Decreto Ley 23201 (Código de Justicia Militar) atentaba contra la garantía de independencia e imparcialidad al establecer que los tribunales militares se conformaban por militares en actividad.

Esta posición se reforzó en los fallos 0004-2006-AI/TC y 0006-2006-AI/TC, en los que se declaró la inconstitucionalidad de diversos dispositivos de la Ley 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial), ya que adolecían del mismo vicio que la legislación previa.

Sin embargo, en el fallo 0001-2009-AI/TC cambió la línea jurisprudencial. El Tribunal Constitucional distorsionó los estándares fijados en diversos fallos de la Corte IDH como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para declarar la constitucionalidad de la Ley 29182, que establecía que la composición de los tribunales militares estaba conformada por militares en actividad.³⁸

Asimismo, cabe hacer una referencia al caso Barrios Altos en la medida que, en el 2012, la Corte Suprema emitió una Ejecutoria Suprema en la que indicaba que las ejecuciones extrajudiciales ocurridas por el caso Barrios Altos por las que la Prima Sala Penal de la Corte Superior de Lima condenó a los responsables de la matanza en mención no constituyeron delito de lesa humanidad, lo que llevó a que la Suprema declarara fundadas las excepciones de prescripción presentadas por los sentenciados.

Esto ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Interamericana en una resolución de supervisión de sentencia del 2012. Sobre el tema, la Corte IDH ha señalado que la decisión de la Corte Suprema sería contraria a los deberes del Estado peruano derivados del fallo Barrios Altos y ha incidido en la necesidad de que el Estado corrija los efectos de la ejecutoria emitida por la Corte Suprema. Por ello, ha señalado que la interposición de la demanda de amparo por parte del Poder Ejecutivo contra la mencionada decisión es un paso necesario para revertir la situación, y que los jueces que resuelvan el caso tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad teniendo en cuenta los estándares derivados del caso Barrios Altos.³⁹

5. Control de convencionalidad en la Corte IDH

Como se ha adelantado previamente, la Corte IDH es un tribunal internacional con características específicas que le acercan a los modelos de justicia constitucional (García Roca 2010: 217). En efecto, la labor que realiza respecto de las normas de derecho interno genera

³⁸ Al respecto, el voto singular del exmagistrado César Landa da cuenta de la manipulación del sentido de los fallos de la Corte IDH que realizó el Tribunal Constitucional en el fallo en mayoría.

³⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre de 2012, párrafo 60.

que en algunos casos se le identifique con la labor de un Tribunal Constitucional, incluso en procesos de reforma constitucional.

Por ello, se desarrollarán los elementos comunes y distintivos entre la jurisdicción interamericana y la constitucional a fin de comprender la verdadera naturaleza de este examen que se realiza sobre la base del principio de subsidiariedad.

5.1. Elementos comunes entre el control de convencionalidad por la Corte IDH y el control de constitucionalidad

a) Concepto de control

El examen de convencionalidad que realiza la Corte IDH y el examen de constitucionalidad tienen como objetivo promover la estricta observancia de la limitación que imponen las normas constitucionales o los tratados de derechos humanos.

En efecto, el examen de convencionalidad encaja con la esencia del concepto de control, el cual se refiere principalmente a la existencia de límites y procedimientos que verifican el cumplimiento de los primeros a fin de evitar la arbitrariedad (Huerta 1998: 38). De hecho, a través de este tipo de exámenes se verifica y declara la compatibilidad, o la incompatibilidad de la disposición, interpretación u omisión que ha sido objeto de examen.

Por su parte, la función consultiva también es una modalidad de control normativo aun cuando la emisión de una opinión consultiva no implique el establecimiento de una obligación de reparación. Su naturaleza encaja con el elemento principal de la noción de control, ya que apunta a la observancia de los límites que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado; a su vez, esta posición se refuerza con el hecho de que la opinión consultiva tendría naturaleza vinculante.

No obstante ello, autores como Ruiz indican que el examen de convencionalidad no podría calificarse con el rótulo de *control*, pues no involucra una medida de tipo obstativo respecto del objeto controlado, como la anulación directa de una ley, por ejemplo (1997: 41).

Frente a este cuestionamiento, habría que señalar que la sanción es un elemento secundario al concepto de control, aunque es importante para su eficacia. Pero incluso si ella fuera necesaria, la reparación como medida orientada a reponer las cosas en su estado anterior sería el medio por el cual se pone fin a una situación atentatoria contra los derechos de las personas.

En efecto, en los artículos 63.I y 68.I de la propia CADH se señala que las sentencias que emite la Corte IDH son vinculantes, en ese sentido su naturaleza no es distinta a los mecanismos jurisdiccionales de orden interno más allá de que tenga o no un efecto directo sobre las leyes declaradas inconvencionales.

En líneas generales, la labor de la Corte IDH a través de la función contenciosa y también consultiva —en las que lleva a cabo el examen de convencionalidad— corrige o previene el abuso contra los derechos humanos cometido por el Estado.

Las consideraciones sobre el concepto de control aquí desarrollado no tienen en cuenta las dificultades relativas a la ejecución de las decisiones de la Corte IDH, pues este es un tema

distinto y está vinculado al concepto de garantía, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de obligaciones, normas o principios.

b) Los derechos de la persona humana como objeto común de protección

La protección de los derechos de la persona humana es el objeto común que sustenta la labor y complementariedad que existe entre los jueces en sede nacional e internacional. Aunque los derechos fundamentales y humanos guardan una identidad parcial entre ellos, ya que uno puede tener una protección más progresiva que el otro, se puede afirmar que tienen la misma esencia.

En efecto, existe otro sector que considera que la distinción se reduce al origen del reconocimiento (Pérez Luño 2007: 499). Así, mientras el término *derecho humano* se utiliza para referirse a aquellos que han sido reconocidos en instrumentos de naturaleza internacional, el término *derechos fundamentales* se aplica a aquellos que han sido reconocidos en un texto constitucional.

Se puede afirmar que los derechos humanos y fundamentales comparten un núcleo duro que se fundamenta en la dignidad de la persona humana, a la vez que se constituyen como límites al poder. Es ilustrativo que Ferrajoli se refiera a la internacionalización de los «derechos fundamentales» y señale que este es uno de los grandes logros del constitucionalismo (2001: 44).

A la vez, ningún derecho es en sí mismo absoluto, aunque se ha pretendido afirmar que la distinción entre las dos categorías mencionadas se basa en el hecho de que los derechos humanos son ilimitados. Sin embargo, conviene mencionar que la propia Corte IDH, con relación a la libertad de expresión y a otros derechos, ha indicado que estos pueden ser objeto de limitaciones siempre que sean proporcionales.⁴⁰

Al respecto, tampoco debe perderse de vista que, en el ámbito peruano, la Constitución de 1993 utiliza de forma indistinta los términos *derechos humanos o derechos fundamentales*. La CADH, por su parte, en el artículo 25 hace referencia a la protección de los derechos fundamentales. Igualmente, la propia Corte IDH ha usado los términos de forma indistinta; en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* en el que se declaró la violación del derecho a la libertad de expresión se catalogó este derecho como fundamental.⁴¹

Existen, pues, razones que permiten afirmar que la distinción entre los derechos humanos y derechos fundamentales no tiene elementos de fondo profundos que la justifiquen. Antes bien, constituyen un conjunto integrado de garantías para la persona humana que se proyecta a nivel nacional e internacional. De modo que la distinción que se plantea entre ambos es más bien formal, pues en la práctica se apunta al establecimiento de estándares y límites comunes en cuanto a los contenidos de derechos, que finalmente se determinan a partir del principio pro personae.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, número 177, párrafo 83.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C, número 193, párrafo 112.

c) Rol de los tribunales e impacto de sus fallos

La Corte IDH suele recibir el título de garante e intérprete último del SIDH, pues cumple la «función de órgano judicial máximo de salvaguardia de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos».⁴²

Efectivamente, ya se ha señalado que los efectos de los fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH sobre los Estados no involucrados en un proceso son generales, lo que se asemeja a los efectos *erga omnes* que genera la cosa juzgada de una sentencia constitucional (García Roca 2006: 141).

Sin embargo, debe diferenciarse entre este concepto y el de cosa interpretada; pues, en el caso de esta última, la fuerza de su impacto sería más flexible y se asemejaría a una sentencia con efectos *sollen* y/o *können*, de modo que los Estados no condenados tendrían mayor libertad para apartarse de lo establecido por dicho tribunal.

Ya sea que se trate de cualquiera de los dos conceptos, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene un efecto que va más allá de la persuasión respecto de los Estados. Ahora bien, esta similitud con los efectos generales de la jurisprudencia emanada del control constitucional concentrado e incluso el difuso de constitucionalidad —cuando adquiere generalidad a través de figuras como el precedente y el *stare decisis*— no implica que el juez de la Corte IDH tenga la competencia para invalidar normas de derecho interno.

En efecto, la posibilidad de invalidar directamente una norma lo convertiría en un tribunal de cuarta instancia, cuestión que se contradice en relación con su rol de tribunal internacional que analiza causas desde esta perspectiva y no desde el derecho interno.⁴³

Empero es innegable que los fallos de la Corte IDH tengan un fuerte impacto respecto de temáticas o procesos que tradicionalmente han pertenecido a la esfera de los Estados y sus procesos político-jurídicos.

5.2. Los elementos distintivos del control de convencionalidad por la Corte IDH en relación con el control de constitucionalidad

a) ¿Constitución y Corte Constitucional en el SIDH?

Si bien hay una analogía con el *nomen* Constitución, ello no implica que los instrumentos del SIDH ostenten tal categoría desde el punto de vista clásico y esencialmente estatal.

En todo caso, si se aplica tal término, ello será solamente para visibilizar algunas de las similitudes entre el derecho constitucional y el derecho internacional; por ello, debe tenerse en cuenta que el uso de las categorías constitucionales aluden principalmente al concepto de constitucionalismo como modelo de garantías jurisdiccionales derivadas de su fuerza normativa.

⁴² Corte IDH. *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, párrafo 153.

⁴³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C, número 220, párrafo 16.

En esa lógica, los conceptos de constitucionalismo y Constitución representan la idea de limitación de poder desde el ámbito nacional e internacional y la protección de los derechos fundamentales como valores y principios comunes para las dos ramas del derecho a las que se ha hecho referencia; con ello no se busca equiparar la estructura y dinámica propiamente internacional con la estatal.

De hecho, existen varios argumentos que desvirtuarían un posible ejercicio de identidad entre ambas ramas del derecho. Es así que Evert Alkema ha realizado un ejercicio interesante al discutir la posibilidad de que el Convenio Europeo reciba el título de Constitución en el sentido clásico (Alkema 2000: 41-63; Wildhaber 2000: 1529-1545).

Así, algunos de los motivos planteados son el déficit democrático del parámetro interamericano y el hecho de que este no involucra o hace referencia a aspectos inherentes al concepto de Estado de derecho como la separación de poderes o el control de constitucionalidad con capacidad de anulación/expulsión de normas nacionales (Alkema 2000: 41-63; Wildhaber 2000: 1529-1545).

b) Primacía vs. Jerarquía: ¿tiene la Corte IDH un poder de anulación de normas?

Otro elemento importante para diferenciar el control de convencionalidad del control de constitucionalidad es el hecho de que este último se sustenta en el principio de jerarquía normativa que la Constitución ejerce respecto del resto de normas del ordenamiento interno; mientras que el control de convencionalidad que ejerce el juez interamericano es un examen que se sustenta en la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

De acuerdo con el principio de primacía del derecho internacional, los Estados están obligados a cumplir con las obligaciones internacionales independientemente de lo que digan las normas de un ordenamiento estatal. Este concepto se deriva del artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969; es decir, del mismo fundamento que da sustento al control de convencionalidad.

En concreto, la primacía no significa jerarquía de un derecho sobre el otro toda vez que no existe una unidad entre esta rama del derecho y el derecho interno; por ello, no se puede afirmar que exista una relación de verticalidad entre estos. Aunque no puede perderse de vista que el derecho internacional ejerce cierta influencia sobre las reglas de validez del derecho interno, no define las pautas de creación, validez e invalidez de una norma de derecho interno (Fuentes 2007).

Un ejemplo de ello es el caso de las leyes de autoamnistía (*Barrios Altos vs. Perú*),⁴⁴ pues el pronunciamiento de la Corte IDH respecto de la inconvencionalidad de estas y su carencia de efectos ha sido acogido por los Estados para invalidar o inaplicar normas de esta naturaleza.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Interamericano respecto de este tipo de normas se basó en un examen de derecho internacional. En efecto, al referirse a la carencia de efectos, la Corte IDH quiso indicar que estos dispositivos atentaban contra una norma de derecho internacional como la obligación de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, a la que se podría atribuirse carácter de *ius cogens*.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75, párrafo 44.

En ese sentido, la Corte IDH no excedió ni pretendió establecer o declarar la nulidad de la norma dentro del propio ordenamiento estatal. Ello se confirma en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, en el que se ha establecido que el examen que lleva a cabo es de derecho internacional, es decir, de primacía respecto del derecho nacional.⁴⁵ Por ello, sería erróneo afirmar que la Corte IDH puede anular una norma nacional directamente, puesta esta es competencia exclusiva del Estado a través de algunos de sus poderes.

Si es que los fallos de la Corte IDH tuviesen efectos directos en un ordenamiento, ello habrá sido por decisión soberana del Estado. Así, por ejemplo, se puede hacer referencia a la Ley 288/96 de Colombia, o a la Ley 27775 de Perú; ambas normas establecen el procedimiento para la ejecución de sentencias y el cumplimiento del deber de reparación.

De ahí que sea preferible aplicar términos como el del *reenvío*⁴⁶ para comprender cómo opera el control de la Corte IDH: esta envía su decisión al ordenamiento nacional; en este ámbito se deciden las medidas para adecuar el derecho interno.

5.3. Modalidades del control de convencionalidad por la Corte IDH

La primera referencia al ejercicio de control normativo a cargo de la Corte IDH se encuentra en la definición de la función consultiva como competencia de este tribunal. El artículo respectivo, el 64.2 de la CADH, le otorga a la Corte la facultad de emitir opinión sobre la compatibilidad de las leyes internas a la luz del canon interamericano.

A la vez, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre consultas relativas a proyectos de ley aun cuando esta no sea una competencia reconocida de forma explícita en la CADH. Dicho tribunal ha indicado que ellas son admisibles y conformes al principio de protección de los derechos reconocidos en los distintos instrumentos del SIDH.

Todo lo mencionado muestra claramente que dicho tribunal tiene competencia para realizar un examen de convencionalidad en sentido abstracto; ya que en el caso de la función de consulta, esta versa sobre cuestiones de puro derecho.

Por su parte, en relación con la competencia de la Corte IDH para realizar control normativo en el seno del proceso contencioso, no existe mención expresa en la CADH. No obstante ello, esta se deduce del propio artículo 62.3 que establece que la Corte IDH tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del tratado (Salado 2004: 101).

Ello se refleja al momento de examinar una violación de derechos humanos causada por una norma interna o por la aplicación de esta, ya que la Corte IDH necesariamente debe realizar un juicio de compatibilidad.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 19.

⁴⁶ El *nomen reenvío* es un término que ha acuñado el derecho internacional privado para definir «el conflicto negativo entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado de dos o más legislaciones que no se reconocen competencia a sí mismas para gobernar una relación jurídica sino que atribuyen competencia a otra legislación» (Duncker 1967: 401). No obstante lo mencionado, en este documento el concepto de reenvío se utiliza para graficar la forma en que se relacionan los sistemas normativos del ordenamiento.

5.3.1. Control de convencionalidad *ex ante*: función Consultiva

Autores como Albanese consideran que el control de convencionalidad opera únicamente a través de la vía contenciosa, porque entienden que la función consultiva no podría definirse como modalidad de control en la medida que no sería vinculante y que no establecería una obligación para el Estado que ha aprobado una norma inconvencional (Albanese 2010).

Sin embargo, la función consultiva tiene una relación directa con el concepto de control en el aspecto preventivo. En efecto, la Corte IDH no busca corregir o reparar las consecuencias de un abuso cometido, sino evitar la declaratoria de responsabilidad internacional por la violación real o potencial de los derechos de un individuo o de un grupo de estos. En ese sentido, aunque no involucre la declaratoria de responsabilidad, califica como control.⁴⁷

Ahora bien, al igual que el control de constitucionalidad previo, el control de convencionalidad que se lleva a cabo a través de la función consultiva tiene como finalidad prevenir conflictos *in abstracto* entre las normas nacionales y las del SIDH. En general, con esta función se brinda protección objetiva a los principios del SIDH.

El control que realiza la Corte IDH a través de la función consultiva recae sobre proyectos de ley y sobre normas vigentes en un ordenamiento nacional; en este último punto se diferencia del control previo de constitucionalidad. Así, las leyes sobre las que recaerá el control previo de la Corte IDH son heteroaplicativas, es decir, aquellas que necesitan de un acto de aplicación para generar efectos en la esfera de derechos de una persona. En esa lógica, el Tribunal Interamericano lleva a cabo una función preventiva.

Como ya se afirmó, no es posible realizar este análisis ni declarar la responsabilidad internacional por la sola emisión de una norma heteroaplicativa a través de la vía contenciosa, pues uno de los requisitos para acudir a ella es que exista una violación concreta de un derecho —a menos que haya sido aplicada y haya generado efectos— o una amenaza cierta e inminente.

Por el contrario, en el caso de las leyes de aplicación inmediata, «la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición»; y, por ende, puede ser examinada en la vía contenciosa, en la medida que habrá una víctima identificada o determinable.⁴⁸

Si bien las consecuencias del control sobre una norma de esta naturaleza o sobre el proyecto de ley no generan la declaratoria de responsabilidad internacional para el Estado —pues no se ha afectado un derecho—, sí generarían una obligación en el Estado de adecuar su legislación una vez emitida la opinión consultiva, ello en la medida que estas tendrían carácter vinculante.

Ahora bien, la definición de la función consultiva como un proceso de control normativo se sustenta en la vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas. A partir de la práctica de los Estados, incluida la de la propia Corte IDH, se puede afirmar que la labor consultiva ha adquirido la condición de obligatoria para los órganos del SIDH y los ordenamientos nacionales.

⁴⁷ Véase el acápite 5.2. a) del presente texto.

⁴⁸ Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, número 14, párrafo 24.

En el caso de los Estados, Costa Rica, por ejemplo, luego de que la Corte IDH emitiera la OC-5/85, la Sala Constitucional anuló el artículo 22 de la Ley 4420 (Ley Orgánica de Periodistas de Costa Rica) atendiendo a su incompatibilidad con el artículo 13 de la CADH (Gozaíni 1998: 825). Igualmente, esta opinión consultiva fue utilizada por el Tribunal Constitucional peruano para declarar la constitucionalidad de la Ley 26937 que establecía que la colegiación de los periodistas no era obligatoria.

Asimismo, algunos ejemplos que dan cuenta de la autovinculación de la Corte IDH son los casos Vélez Loor vs. Panamá, y Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en los que se usan las opiniones consultivas sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados para hacer referencia al interés superior del niño y al derecho de asistencia consular.⁴⁹

Ello guarda concordancia con el principio de universalidad, por el cual, ante un caso semejante (consultivo o contencioso), la Corte debe aplicar el mismo criterio (Mondragón 2010: 44) adoptado en casos anteriores: esto es lo que la Corte IDH hace al recurrir a las opiniones consultivas para resolver otras consultas o casos contenciosos.

Otro elemento que refuerza la posición relativa a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas es que, a través de la función consultiva, la Corte IDH también actúa como último intérprete del SIDH y establece estándares mínimos que deben incorporar los Estados.

De hecho, en la Opinión Consultiva OC-15/97, la propia Corte IDH ha indicado que las opiniones consultivas que emite tienen efectos jurídicos innegables en los Estados, aunque no llega a afirmar que esta es vinculante en igualdad de grado que un fallo contencioso.

Cuadro N.º 4
Similitudes de la Función Consultiva y el control previo de constitucionalidad

	Función consultiva o Control Previo de Convencionalidad	Control Previo de Constitucionalidad
Tipo de examen normativo	Se trata de un examen <i>in abstracto</i> de leyes y proyectos de ley.	Se trata de un examen <i>in abstracto</i> de proyectos de ley e incluso de tratados que se encuentran en proceso de ser aprobados.
Vinculatoriedad del pronunciamiento que emiten los órganos	La opinión consultiva que se emita vincula al Estado, aunque no involucra la declaración de responsabilidad internacional.	En determinados ordenamientos el pronunciamiento que se emite tiene carácter vinculante.
Efectos del pronunciamiento emitido	La opinión consultiva genera efectos generales y sirve de pauta para la resolución de los casos contenciosos.	Los efectos del pronunciamiento son generales.
Naturaleza del órgano que se pronuncia	La Corte Interamericana es el último intérprete del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	El Tribunal Constitucional o el órgano que ostenta sus funciones es el último intérprete del ordenamiento nacional.

Elaboración propia

⁴⁹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, número 130, párrafos 130 y 136-138; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, número 218, párrafo 97.

Ahora bien, lo indicado hasta este momento conlleva el replanteamiento de conceptos como el de jurisdicción y todo lo relativo a los alcances de la responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, si la obligatoriedad de las decisiones es un elemento esencial del concepto de jurisdicción, entonces esta es una característica que comparten las opiniones consultivas con las sentencias de los casos contenciosos en los que hay una violación —real o potencial— de los derechos de un individuo.

Por ello, resulta insuficiente que la función consultiva reciba el estatus de cuasijurisdiccional, de ahí que la vinculatoriedad de una decisión no deba entenderse únicamente en los términos de los artículos 63 y 68 de la CADH.

En el caso de la responsabilidad internacional, habría que tener en cuenta que de acuerdo con las reglas del derecho internacional público esta es objetiva; por ello, el orden internacional puede afectarse por la sola emisión de una norma, aunque esta no haya sido aplicada. De ahí que en el SIDH deba redimensionarse la regla que establece que la responsabilidad internacional se declara en la vía contenciosa a partir de la verificación de la violación de un derecho de una víctima determinada.⁵⁰

En efecto, si se atiende al principio de garantía objetiva, la responsabilidad internacional del Estado por el hecho de emitir una norma que no necesariamente tendrá efectos inmediatos debiera tener asidero en el SIDH, o al menos debiera discutirse como alternativa.

5.3.2. Control de convencionalidad *ex post*: la vía contenciosa

El procedimiento contencioso ante la Corte IDH recibe el nombre de *amparo interamericano*, ya que protege los derechos de las víctimas en concreto frente a las actuaciones u omisiones de los Estados (incluida la emisión de normas contrarias a los estándares mínimos del SIDH).

Al mismo tiempo, a través de la vía contenciosa se protegen, en sí mismos, los valores y principios que sustentan el SIDH. En ese sentido, la vía contenciosa ostenta una doble dimensión: objetiva y subjetiva, por ello puede catalogarse como una «jurisdicción constitucional internacional en materia de derechos humanos» (Ayala 1998: 368, volumen I).

Ahora bien, aunque el control de convencionalidad en la vía contenciosa involucre el análisis de una norma que afecta a una víctima determinada o determinable, la eventual declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH tendrá efectos que van más allá de las partes involucradas, tales como: *a*) el Estado condenado modificará su legislación y *b*) el resto de Estados tendrá que incorporar los estándares que la Corte IDH va construyendo a fin de garantizar plenamente los derechos de la persona humana (también con una finalidad preventiva).

En ese sentido, existe una similitud con los procesos de control de constitucionalidad incidental (control difuso) que adquieren efectos generales a partir de técnicas como el precedente vinculante, la doctrina constitucional, el estado de cosas inconstitucionales, entre otros.

En efecto, todos los casos en los que se declara la inconvencionalidad de una norma, involucran la adopción de garantías de no repetición que en la práctica adquieren efectos generales. En

⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94.

efecto, a partir del fallo *Yatama vs. Nicaragua*, el Estado tiene la obligación de modificar la legislación interna a fin de crear un recurso efectivo contra las resoluciones de la jurisdicción electoral, que en la fecha de emisión de la sentencia no podían impugnarse, afectándose así el derecho a la tutela efectiva de las personas.⁵¹

Ahora bien, ya sea que se trate del amparo constitucional o del interamericano contra normas, este brinda tutela jurisdiccional a los derechos de víctimas del caso en concreto, ya que así lo establece el artículo 46 de la CADH. De hecho, ello ha involucrado la discusión relativa a la víctima potencial y su protección en el SIDH.

Al respecto, aunque de forma innominada, la Corte IDH ha brindado protección a un grupo de personas que podrían considerarse víctimas potenciales en los casos sobre pena de muerte ya que su derecho a la vida aún no se ha vulnerado, pero existe una amenaza cierta al respecto. Así, se puede mencionar el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, o el caso *Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, entre otros, en los que se declaró la afectación del artículo 4 de la CADH relativa a la prohibición de privar de la vida arbitrariamente.

Otro caso en el que se ha evaluado una violación potencial de un derecho reconocido en el parámetro interamericano es el fallo *Masacre de Dos Erres vs. Guatemala*. En el caso en mención, la Corte IDH se refirió a la prohibición del Estado de Guatemala para aplicar la Ley de Autoamnistía para impedir la investigación y juzgamiento por el delito de ejecución extrajudicial de los responsables de la masacre.

Asimismo, el 4 de abril de 2001 la Corte de Constitucionalidad ordenó la remisión del expediente a la Corte de Apelación para la determinación de la aplicación de la LRN y eventual amnistía a los imputados, por referirse a hechos ocurridos durante el conflicto armado, lo cual contraviene el artículo 11 de la LRN. [...]

El Tribunal hace notar que los hechos de la Masacre de Las Dos Erres, reconocidos por el Estado, constituyen graves violaciones a derechos humanos [...]

En consideración de lo anterior, la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana.⁵²

Este es un típico ejemplo de control preventivo en el que la Corte IDH se refiere a los posibles efectos vulneratorios de una norma, aunque esta no haya sido aplicada. Incluso no se demuestra la inminencia o la certeza de la posible violación de uno de los derechos protegidos en la CADH u otros tratados; pero al existir la posibilidad de que la Corte de Apelaciones determine que la Ley de Amnistía es aplicable, la Corte IDH emite un pronunciamiento.

En el siguiente cuadro se plantean las similitudes y el paralelo que existe en el proceso constitucional de amparo y el amparo interamericano.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, número 127, párrafo 254.

⁵² Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C, número 211, párrafo 131.

Cuadro N.º 5
Similitudes del control de convencionalidad en la vía contenciosa con el control de constitucionalidad difuso (en los procesos constitucionales de la libertad)

	Control de convencionalidad a través de la vía contenciosa	Control de constitucionalidad difuso (en procesos constitucionales de la libertad)
Tipo de examen normativo	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.
Vinculatoriedad del pronunciamiento que emiten los órganos	El fallo emitido en la vía contenciosa es vinculante para el Estado involucrado y las reparaciones ejecutadas por este.	El fallo emitido es vinculante para el demandado que aplicó una norma inconstitucional, a fin de reparar la situación.
Efectos del pronunciamiento emitido	El fallo emitido es cosa juzgada para el Estado condenado y cosa interpretada para el resto de Estados parte de la CADH. El fallo tiene efectos generales o <i>ultra partes</i> .	En principio, el fallo emitido es interpartes. Dependiendo del órgano que emite el fallo y si el proceso en sí mismo lo admite, los efectos pueden ser generales (estado de cosas inconstitucionales, amparo con efectos generales, etcétera).
Naturaleza del órgano que se pronuncia	La Corte IDH es el último intérprete del SIDH.	El TC o el órgano que ostenta sus funciones es el último intérprete del ordenamiento nacional.

Elaboración propia

Por otro lado, los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Vélez Loo vs. Panamá, entre otros, dan cuenta de la aplicación del control de convencionalidad respecto de normas que atentaban contra derechos reconocidos en la CADH. En estos casos se ha aplicado un control directo que ha generado estándares de protección mínimos que los Estados deben incorporar.

Asimismo, algunos ejemplos del control de convencionalidad sobre la omisión legislativa que ha llevado a cabo la Corte IDH son los casos Trujillo Oroza vs. Bolivia, Ticona Estrada vs. Bolivia, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Gómez Palomino vs. Perú, en los que se puede constatar que se controla la omisión en la tipificación del delito de desaparición forzada. También se puede mencionar el caso relativo a la falta de regulación legislativa de los procedimientos para hacer efectivo el derecho del condenado a pena de muerte a solicitar una amnistía, indulto o conmutación de la pena que se reconoce en el artículo 4.6 de la CADH.⁵³

5.4. Efectos de los fallos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo el control de convencionalidad

Los efectos de los fallos en los que la Corte IDH establece la incompatibilidad de una norma de derecho interno involucran una serie de alternativas que el Estado debe aplicar a fin de reparar la afectación a los derechos mencionados.

En el Cuadro 6 se establecen los tipos de reparación que la Corte IDH ha desarrollado a partir de las diversas sentencias en las que ha llevado a cabo un examen de convencionalidad.

⁵³ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, número 133, párrafo 132, ii.

Cuadro N.º 6
Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Efectos	Ejemplos
La reinterpretación de la ley o la Constitución	Caso Radilla Pacheco vs. México
La pérdida de validez de la norma con efectos a futuro	Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala
La invalidez de la norma <i>ab initio</i>	Caso Barrios Altos vs. Perú
La emisión de una norma para cubrir una omisión normativa	Caso Ticona Estrada vs. Bolivia
La modificación de la Constitución	La última Tentación de Cristo vs. Chile

Elaboración propia

Ahora bien, el cuadro plantea cuatro tipos de efectos que varían en la intensidad de su impacto. Al respecto, habría que señalar que existe una gradación de los efectos de la Corte IDH. En efecto, es necesario poner de relieve que el único caso en el que la Corte IDH ha señalado que las normas nacionales carecen de efectos jurídicos es en el caso de las leyes de autoamnistía; mientras que en el resto de casos ha instado a los Estados a modificar o reinterpretar su normativa a fin de adecuarla a los estándares del SIDH.

Quizá la diferencia entre el caso de las leyes de autoamnistía para graves violaciones de derechos humanos y el resto de normativa contraria a la CADH y otros tratados del SIDH se basa en la gravedad de la violación de los derechos u obligaciones internacionales que los Estados han asumido.

En efecto, García Roca señalaría que en el supuesto de las amnistías lo que opera es un margen de apreciación bastante restrictivo en tanto y en cuanto lo que se ha afectado es una norma de *ius cogens*. En ese sentido, el margen que tienen los Estados respecto de la validez o invalidez de la norma en mención es mínimo (2007: 127 y ss.).

De hecho, la Corte IDH, en los casos en los que se habían aprobado leyes de autoamnistía para evitar el juzgamiento de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos, ha declarado que los Estados tienen la obligación de adecuar el derecho interno; es decir, al menos de no aplicar la norma al caso de análisis y a los casos análogos.

Cuadro N.º 7
Tratamiento de los efectos y alcances de las leyes de autoamnistía en la jurisprudencia de la Corte IDH

Nombre	Norma	Efectos de las leyes de autoamnistía
Barrios Altos vs. Perú	Leyes 26479 y 26492	[...]. Las leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables [...]. (FJ. 44)
Almonacid Arellano vs. Chile	Decreto Ley 2191	[...]. El Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile. [...]. (FJ. 119)
Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala	Ley de Reconciliación Nacional	[...] la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana. [...] (FJ. 130)
Gomes Lund vs. Brasil	Ley de Amnistía brasileña	Control de convencionalidad <i>ex officio</i> respecto de la interpretación de la Ley de Amnistía. (FJ. 176) Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil. (Punto resolutivo 3)
Gelman vs. Uruguay	Ley de Caducidad	[...] las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay. (FJ. 232)

Elaboración propia

Si bien es cierto que las normas de derecho interno tienen reglas de validez que se derivan del sistema de fuentes nacional, en el caso de las leyes de autoamnistía, la jurisprudencia de la Corte IDH ha involucrado la incorporación de un supuesto de validez en el derecho de los Estados condenados.

Ahora bien, aunque lo señalado por la Corte respecto de los dispositivos no ha generado una expulsión automática de la norma de amnistía, sí ha tenido como consecuencia que los tribunales nacionales declaren la nulidad de estas, reabran causas penales o que se emita legislación sustitutoria que permita juzgar las graves violaciones de derechos humanos en el presente.

Ello coincide con el hecho de que los fallos de la Corte IDH no tienen un efecto directo por sí mismos, salvo que la propia legislación nacional así lo establezca, como en el caso peruano. Sin embargo, no debe perderse de vista que la declaratoria de inconventionalidad de una norma también ha involucrado la recepción de criterios de validez en el ordenamiento del

Estado condenado, lo que en la práctica ha reconfigurado las reglas de creación de las fuentes nacionales.

En otros casos, el control de convencionalidad involucra el uso de facultades interpretativas por parte de la Corte IDH, lo que implica que en determinados casos se considere que la norma es inconvencional con las consecuencias y la obligación de modificar la legislación por parte del Estado condenado.

Así, en *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte IDH ha establecido que el artículo 13 de la Constitución mexicana debe interpretarse conforme con las reglas relativas a la excepcionalidad de la justicia militar que se han construido en el SIDH.

[...] en términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.⁵⁴

Finalmente, en los casos relativos a las omisiones, la reparación que el Estado debe implementar es la adopción de las medidas legislativas orientadas a eliminar el vacío normativo y a aplicarlo en el caso concreto y todos los vinculados o relacionados con la misma temática.

6. Convencionalidad y tutela multinivel de los derechos fundamentales

La aplicación de la técnica del control de convencionalidad en los ordenamientos que pertenecen al SIDH genera una interrogante relativa a la configuración de un modelo de tutela multinivel de los derechos fundamentales.

Uno de los presupuestos en los que se sustenta es la existencia de diversos sistemas normativos de orden constitucional, sin que ello implique que uno anule al otro; antes bien, se trata de una estructura basada en la coexistencia y coordinación entre sistemas normativos en la que no existe un «primado» del derecho internacional ni tampoco la del derecho interno.

Como se ha adelantado, en el trabajo presentado se ha optado por descartar la existencia de una supraconstitucionalidad, lo que concuerda con la teoría de la tutela multinivel en la que la clásica pirámide kelseniana tiene a de-construirse, pues resulta insuficiente para explicar la forma en que se relacionan los diversos sistemas normativos.

En efecto, la horizontalidad del modelo de tutela multinivel de los derechos fundamentales se sustenta en la unidad de valores y principios que trascienden el ámbito nacional para conformar las bases de un modelo de pluralismo de sistemas normativos basado en la protección de la persona humana como fin último de estos (Cardone 2011: 335 y ss.).

En América Latina, sin embargo, este es un tema aún pendiente de reflexión y desarrollo. El paradigma de la pirámide de Kelsen sigue siendo el punto de partida para comprender la forma en que se relacionan las fuentes del derecho internacional con las del derecho constitucional. Sobre el punto, autores como Landa han optado por reconducir el rango de los tratados de

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C, número 209, párrafo 337.

derecho internacional, en concreto los de derechos humanos, a la cúspide de la pirámide de Kelsen.

Esta es una alternativa que sin dejar de lado la pirámide kelseniana como estructura que explica la lógica del sistema de fuentes en un ordenamiento trata de plasmar la relevancia de los tratados internacionales en un proceso de apertura constitucional y retroalimentación.

Ahora bien, lo que habría que determinar es que la protección en la que coinciden los sistemas nacionales y el SIDH es plena; es decir, si es posible hablar de un proceso de tutela multinivel en todo el sentido de la palabra. Quizá algunas de las objeciones que también plantea Landa sobre la materia es el hecho de que en el SIDH no existe protección para los derechos de las personas jurídicas, como sí ocurre en el caso del sistema europeo de derechos humanos.

Sin embargo, frente a esta objeción legítima, habría que preguntarse si la protección internacional de los individuos, incluida la de las personas jurídicas, se canaliza a través de otros sistemas como el del arbitraje o del Tribunal de Justicia de las Comunidad Andina. Quizá la forma de repensar la tutela multinivel de los derechos fundamentales va más allá del SIDH, precisamente porque el momento actual puede definirse como un contexto de pluralismo normativo.

En líneas generales, el tema aquí planteado da cuenta de una de las otras formas de protección multinivel de los derechos de las personas; sin duda, existen otros campos sobre los que se debe explorar. Esta es una tarea pendiente para el constitucionalismo peruano y latinoamericano.

Sin duda, a lo largo del documento, es palpable que las categorías de derecho constitucional y derecho internacional, entendidas en su sentido clásico, aunque permiten aclarar el rol de la Corte IDH y su relación con los jueces nacionales, también pueden resultar insuficientes para comprender el cambio de paradigma respecto de este tema.

En general, se recoge una serie de temas que vienen siendo objeto de análisis por la doctrina latinoamericana, al igual que en otros sistemas de protección de derechos humanos en los que también se han identificado los retos del derecho constitucional frente a la globalización del derecho y la internacionalización de este.

7. Conclusiones

- a) El control de convencionalidad es una obligación que se deriva del principio de adecuación del derecho interno al derecho internacional reconocido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En el SIDH se encuentra reconocido en el artículo 2 de la CADH y también en el resto de instrumentos que forman parte de este sistema. Debe emplearlo todo órgano que crea o aplica derecho.
- b) La relación entre el derecho interno y el derecho internacional se sustenta en la tesis de la coordinación toda vez que ambos derechos son distintos y no existe una unidad jerárquica de un derecho sobre otro. En ese sentido, el vínculo entre estos es de interacción y circularidad, ya que ambos se influyen mutuamente.
- c) Para que el control de convencionalidad se lleve a cabo se necesita un parámetro controlador o canon de convencionalidad y un objeto controlado.
- d) La relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad

- en sede nacional es contingente, ya que el examen de convencionalidad puede llevarlo a cabo cualquier juez nacional y no necesariamente el juez constitucional; sin embargo, en determinados ordenamientos latinoamericanos y en el peruano, quien lleva a cabo el control de convencionalidad es el segundo de estos jueces.
- e) En el ordenamiento peruano, el control de convencionalidad puede generar efectos de invalidez o inaplicación de una norma inconvencional dependiendo del tipo de proceso constitucional en el que se lleva a cabo: abstracto o difuso. Asimismo, a través de la figura del precedente vinculante, la doctrina constitucional y la técnica del estado de cosas inconstitucionales, los fallos con efectos interpartes se generalizan.
 - f) El control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH guarda analogías con las modalidades del control de constitucionalidad tanto por la forma en que se ejercita el control como por los efectos de dicho examen sobre las normas declaradas inconvencionales.
 - g) El control de convencionalidad en sede interamericana puede ser *ex ante* o *ex post*. El primero de ellos se hace efectivo a través de la función consultiva para las leyes y los proyectos de ley; el segundo se hace efectivo a través de lo que se conoce como competencia contenciosa.
 - h) La declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH no involucra su anulación, derogación ni pérdida de vigencia de forma automática. La facultad de crear normas, reinterpretarlas, anularlas o inaplicarlas sigue siendo una potestad exclusiva del Estado.

8. Bibliografía

a) Doctrina nacional y comparada

ALBANESE, Susana

2010 *Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad.* Jurisprudencia Argentina, volumen 4, fascículo 13, pp. 3-9.

ALKEMA, Evert

2000 «The European Convention as a Constitution and its Courts as a Constitutional Court» En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective.* Colonia: Carl Heymanns, pp. 41- 63.

AYALA, Carlos

1998 «Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos». Corte IDH. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio.* San José: Unión Europea-Corte IDH, volumen 1, pp. 341-375.

BINDER, Cristina

2011 *El TEDH como tribunal constitucional.* Presentación realizada en el Seminario Internacional «Justicia constitucional y diálogo jurisdiccional. Hacia un *Ius Constitutionale Comune* en América Latina». Heidelberg, 25 de noviembre.

BREWER, Allan

2006 Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 6, pp. 29-78.

- BUSTOS, Rafael
2009 «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos». En GARCÍA, Javier y FERNÁNDEZ, Pablo. *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 147-168.
- CARDONE, Andrea
2011 «Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)». *Enciclopedia del Diritto, Annali*, volumen 4, Milano, Giuffrè, pp. 335-422.
- CARNOTA, Walter
2011 «La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 15, pp. 51-66.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe
2010 *Más allá del diálogo entre tribunales*. Navarra: Civitas y Thomson Reuters.
- DUNCKER, Federico
1967 *Derecho internacional privado. Parte General*. Tercera edición. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, José Julio
2002 *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.
- FERRAJOLI, Luigi
2001 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FROMONT, Michel
2002 «El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas». *Pensamiento Constitucional*, año VIII, número 8, pp. 369-398.
- FUENTES, Ximena
2007 *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Intervención en el Seminario Law and Culture, San Juan de Puerto Rico. Consulta: 26 de noviembre de 2011.
<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf>
- GARCÍA ROCA, Javier
2010 *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas y Thomson Reuters.
- 2007 «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 117-143.
- 2006 «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 5, pp. 139-181.

- GARLICKI, Lech
2009 *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Intervención en el Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.* Paris, 12 de febrero. Consulta: 11 de agosto de 2011. <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>
- GÓNGORA, Manuel
2010 «Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas». En BOGDANDY, Armin von y otros. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionalis commune en América Latina?* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, pp. 403-430.
- GOZAÍNI, Osvaldo
1998 «Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno». En Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*. San José: Corte IDH-Unión Europea, tomo II, pp. 819-828.
- HÄBERLE, Peter
2002 *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta.* Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
- HELPER, Lawrence
2008 «Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime». *The European Journal of International Law*, volumen 19, número 1, pp. 125-159.
- 2003 «Constitutional Analogies in the International Legal System». *Loyola of Los Angeles Law Review*, volumen 37, pp. 193-236.
- HITTERS, Juan Carlos
2009 «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)». *Estudios constitucionales*, volumen 7, número 2, pp. 109-128. Consulta: 22 de noviembre de 2012. <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841005>>
- HUERTA, Carla
2003 «La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, volumen 36, número 108, setiembre-diciembre, pp. 927-950.
- 1998 *Mecanismos constitucionales para el control del poder político.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HUNEEUS, Alexandra
2011 «Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to

Enforce Human Rights». *Cornell International Law Journal*, volumen 44, número 3, pp. 494-533.

KOH, Harold Hongju
2004 «International Law as part of our Law». *American Journal of International Law*. Nueva York, volumen 98, número 1, pp. 43-57.

LANDA, César
2009 «Los precedentes constitucionales». *Justicia Constitucional*, número 5, pp. 29-69.

1999 *Tribunal Constitucional y Estado democrático* Lima: Palestra Editores.

MONDRAGÓN, Salvador
2010 «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 29, pp. 135-149.

NÚÑEZ, Manuel
2004 «Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional». *Revista Chilena de Derecho*, volumen 31, número 1, 2004, pp. 115-136. Consulta: 13 de abril de 2010.
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650456>>

PÉREZ LUÑO, Antonio
2007 «Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 495-511. Consulta: 1 de diciembre de 2011.
<http://e-spacio.und.es/fez/list.php?community_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional>

PERNICE, Ingolf
2002 «Multilevel Constitutionalism in the European Union». *European Law Review*, número 27, pp. 511-529.

PREBENSEN, Soren
2000 «Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights». En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, pp. 403-430.

QUERALT, Argelia
2008 *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2007 «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, pp. 435-470.

RAMÍREZ, Beatriz
2013 *El «estado de cosas inconstitucional» y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis de maestría en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

- RUIZ, Carlos
1997 *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.
- SAGÜÉS, Néstor
2010 «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, año 8, número 1, pp. 117-136.
- SALADO, Ana
2004 *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Trujillo: Normas Legales.
- SLAUGHTER, Anne-Marie
1994 «A Typology of Transjudicial Communication». *University of Richmond Law Review*, pp. 99-137.
- VIRALLY, Michel
1998 *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- VON BOGDANDY, Arny
2007 «Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el derecho constitucional internacional e interno». En ESCOBAR GARCÍA, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 397-413.
- VON BOGDANDY, Arny y otros
2010 *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius cosntitucionale commune en América latina?* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2 volúmenes.
- WILDHABER, Luzius
2000 «Precedent in the European Court of Human Rights». En MAHONEY, Paul y otros. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns, pp. 1529-1545.
- 2007 «The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future». *American University International Law Review*, volumen 20, número 4, Washington, pp. 521-538.

b) Jurisprudencia nacional, comparada e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia recaída en el Expediente 0002-2009-PI/TC.
- Sentencia recaída en los Expedientes 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el Expediente 912/2010 y Votos Particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano

y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011. Serie C, número 227.
- *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, número 221.
- *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, número 218, párrafo 97.
- *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, número 220.
- *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C, número 193.
- *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, número 166.
- *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, número 157.
- *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, número 133.
- *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, número 35.
- *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, número 52.
- *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia del 26 de enero de 2000. Serie C, número 64.
- *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75.
- *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C, número 130.
- *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Voto Razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

c) Otros

CIDH

Informe número 38/09, Caso 12.670. Admisibilidad y Fondo. Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, 27 de marzo de 2009.

COMENTARIOS

César Landa Arroyo

Decano de la Facultad de Derecho y profesor del Departamento Académico de Derecho-PUCP

En América Latina, a la caída de los Gobiernos militares en la década de los ochenta, se restaura el orden civil basado en dos principios básicos: uno económico, la economía de mercado; y otro político, la democracia y los derechos humanos. No obstante, este proceso de refundación del Estado ya se había iniciado luego de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas, aunque con relevancia meramente nominal debido a la precaria vigencia real de las normas nacionales e internacionales. La Guerra Fría había motivado que devinieran en instrumentos de una lucha política internacional.

La caída del muro de Berlín, de las dictaduras militares latinoamericanas y el surgimiento del Consenso de Washington dan pie al restablecimiento de un renovado orden civil. Se realizan en la región reformas constitucionales que incorporaron las llamadas «cláusulas de apertura», las cuales permitieron incorporar nuevas instituciones y paradigmas de protección de los derechos humanos como la justicia constitucional y el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la vigencia de los tratados como parte del derecho nacional, entre otras medidas que colocan a la dignidad humana y a la protección de derechos fundamentales como fin supremo del Estado y la sociedad.

Específicamente en el ámbito internacional, se empieza a activar el rol de la Comisión Interamericana (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ese sentido, se puede decir que también se refunda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través de una agenda garantista de los derechos y libertades ciudadanas violadas durante los Gobiernos dictatoriales. Así, en una primera etapa, la Corte emite resoluciones sobre los derechos de primera generación, condena a los Estados y dispone reparaciones a víctimas de las violaciones, básicamente, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. En una segunda etapa, a partir del 2000, las causas que ha venido resolviendo la Corte son principalmente sobre violaciones al debido proceso legal, a la libertad personal, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la nacionalidad, entre otros; sin perjuicio de algunos casos de derechos de primera generación.

Esto potencializó el rol del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno cuando las cláusulas que incorporan los tratados dentro del derecho nacional abrieron

un viejo debate, ya no solo entre internacionalistas sino también entre constitucionalistas, sobre las tesis monistas y dualistas de las obligaciones internacionales perfiladas en las constituciones. A propósito de esto, nótese que al término de las dictaduras militares, las democracias constitucionales latinoamericanas no mantuvieron la misma sintonía con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. En países con estructuras democráticas débiles, las sentencias de la Corte IDH han generado acaloradas polémicas y hasta rechazo sobre el alcance de su carácter vinculante y los mecanismos de su ejecución.¹

No obstante, a partir de la mencionada segunda etapa se han ido resolviendo casos que incorporan gradualmente el *control de convencionalidad*, según el cual la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prevalece sobre las normas de derecho interno en caso de incompatibilidad, correspondiendo a sus autoridades (no solo judiciales) preferir la norma internacional sobre la interna. Considérense los siguientes ejemplos:

- a) Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006). Las leyes de autoamnistía para los militares dictadas por ellos mismos no son *convencionales* si tratan de evitar el juzgamiento de las ejecuciones extrajudiciales. Los jueces no deben aplicarlas.
- b) Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006). La falta de independencia judicial y la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional durante el segundo Gobierno de Alberto Fujimori hacía imposible que se declarara la inconstitucionalidad del despido arbitrario de trabajadores del Congreso luego del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori (1992). Por tanto, se violó el derecho de las víctimas a que los jueces pudieran ejercer un *control de convencionalidad*.
- c) Caso La Cantuta vs. Perú (2006). Las leyes de autoamnistías no son *convencionales* por evitar el juzgamiento de ejecuciones extrajudiciales, motivo por el cual los jueces nacionales debieron declararlas *inconvencionales*.
- d) Caso Boyce y otros vs. Barbados (2007). Corresponde a los jueces nacionales realizar el *control de convencionalidad* sobre la norma constitucional que garantiza la no revisión de leyes preconstitucionales que establecen la pena de muerte, porque afecta el derecho a la vida y el derecho a un recurso sencillo y eficaz.
- e) Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008). Ante la falta de tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, se viola el *principio de convencionalidad* ante la falta de una norma específica que persiga dicho tipo penal.
- f) Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009). Según su Código de Justicia Militar, los casos de desaparición forzada son sometidos al juzgamiento de tribunales militares; por tanto, son incompatibles con la Convención y se recomendó su modificación legislativa.
- g) Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010). Relativo al *control de convencionalidad* de un decreto que impide la devolución de las tierras comunales a la comunidad, afectando el derecho de propiedad protegido en la Convención.
- h) Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010). Los delitos de desaparición forzada no tipificados no prescriben y se subsumen en el tipo penal una vez tipificados. Esto no implica una aplicación retroactiva de la ley penal. El *control de*

¹ Existen múltiples ejemplos al respecto: Trinidad y Tobago se apartó de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1998, para seguir aplicando la pena de muerte; Perú tuvo un efímero retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1999, para seguir aplicando leyes antiterroristas no conformes con los estándares de los derechos humanos (Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú); Venezuela también se retiró de dicha competencia en el 2012, para desconocer un fallo que ordena la anulación de una sentencia del Tribunal Supremo relativo a la destitución de magistrados (Caso Apitz Barbera vs. Venezuela).

- convencionalidad* garantiza que, según la interpretación de la Corte IDH sobre el derecho a la vida y a la protección judicial, dicho delito es imprescriptible.
- i) Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010). Ante la detención arbitraria, tortura y desaparición de setenta personas resulta *inconvencional* que el Estado emita una ley de amnistía para evadir su deber de protección judicial.
 - J) Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Relativo al *control de convencionalidad* de las leyes de justicia militar sobre delitos comunes durante la detención de personas por militares (tratos cueles, inhumanos y degradantes).

Así pues, la Corte IDH, después de casi cinco años, ha llegado a consolidar su doctrina del *control de convencionalidad*, señalando en este caso que:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley [...]. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana [...]. [y] deben 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 [sic]. (El subrayado es nuestro).

Cuando existen estructuras y/o liderazgos democráticos fuertes, las sentencias han tenido un cumplimiento ejemplar, como en el Caso Radilla Pacheco vs. México, en donde se planteó, entre otras cosas, la reforma del artículo 133 de la Constitución, en virtud del cual se dispuso que: «las normas de derechos humanos se interpretan de conformidad con la Constitución y con los tratados de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...]». Dicha sentencia ha permitido a la Suprema Corte de Justicia asumir criterios vanguardistas sobre el control de convencionalidad.

Ahora, el desarrollo dogmático de dicho concepto no es pacífico; en la región se ha abierto un debate en torno a su contenido, naturaleza, alcances, límites, titulares activos o pasivos, y mecanismos de control. Pero el problema no es la libre y leal crítica, sino la resistencia silente o fraudulenta a los mandatos del SIDH.

Por ello, el trabajo de Natalia Torres constituye un valioso aporte al conocimiento del estado del arte sobre este tema en América Latina, en la medida que se viene produciendo un proceso de constitucionalización del derecho internacional y de internacionalización del derecho constitucional, aún no estudiado en nuestro medio académico. Ello como producto de la crisis de maduración del sistema judicial —nacional e internacional— que expresa el proceso de fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos.

Dada la etapa germinal del desarrollo del *control de convencionalidad*, aparecen tesis fundamentalistas sobre la identidad de ambos sistemas, como también las que la niegan absolutamente. Pero este trabajo opta por una postura analítica y descriptiva, a partir de lo establecido en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH, para finalmente tomar una postura por su integración, aunque matizada.

Ahora bien, he notado un uso de categorías constitucionales que se encuentran en transición en el actual proceso de internacionalización del derecho, como el *control jerárquico de las normas*. Esto da la impresión de que se intenta a veces establecer interpretaciones sobre la articulación entre la justicia constitucional y la justicia internacional de los derechos humanos, creando un modelo de integración a la medida de los presupuestos que se han seleccionado. Ciertamente que es una opción válida, pero su contraste con la realidad evolutiva o involutiva de la jurisprudencia es un examen que no se puede soslayar.

Así, durante la transición democrática peruana (2002-2007), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional innominadamente realizó el control de *convencionalidad* con lealtad a la Constitución y a la CADH, lo cual se relativiza y hasta se desconoce posteriormente (caso El Frontón), ya que a partir del 2008 cambia su jurisprudencia y sus fallos garantistas.

Sin embargo, más allá de estas observaciones puntuales, la presente investigación aporta un importante análisis dogmático sobre el *control de convencionalidad* porque coloca en evidencia que con la restauración del Estado Constitucional latinoamericano se ha expandido también la protección de los derechos humanos, sentando las bases de un *ius publicum americanum* que se sustenta en la Constitución y en la CADH.

En efecto, como mencionáramos, por un lado, la Corte IDH ha desarrollado su jurisprudencia condenando a los Estados por violaciones de derechos humanos, con nuevos argumentos como el *control de convencionalidad*; y, por otro lado, los tribunales constitucionales y/o cortes supremas han ido asumiendo progresivamente la defensa de los derechos fundamentales a nivel nacional. En ambos casos, la vigencia de los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido la fuente de la tutela de las víctimas, pero en otros ha sido objeto de rechazo directo o indirecto.

Lo más significativo de estos procesos es la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, en la medida que la doctrina del efecto interno de los tratados, y de la interpretación de los derechos según estos, se sustenta en las normas constitucionales nacionales. Ello no supone recalar en una tesis monista internacional en la cual el derecho nacional sea receptor unilateral del primero, sino resaltar que a través del *control de convencionalidad* la jurisprudencia de la Corte IDH también ha dado señales de apertura al derecho y la doctrina constitucional en la resolución de los casos difíciles, siempre orientada a la protección de la persona humana.

En ese sentido, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, la Corte IDH no postula la declaración sin efectos automática de las normas internas ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización según un *control de convencionalidad* integrador, sobre la base de las técnicas de la argumentación jurídica.

Por último, es importante señalar que América Latina es una región con una cultura plural, que expresa la síntesis de las tradiciones de los pueblos indígenas y de las culturas prehispánicas con la cultura europea. Dicha síntesis ha generado una amplia identidad que empieza a recogerse en el *control de convencionalidad* de los países en los que gran parte de su población pertenece a culturas originarias, la cual es impulsada por los tratados internacionales y la jurisprudencia garantista de la Corte IDH. Esto abre nuevos derroteros a la cooperación en los eventuales

conflictos y naturales tensiones entre el derecho internacional y el derecho constitucional, signo de que los viejos y nuevos derechos humanos laten con fuerza.

El nuestro no es un *control de convencionalidad* clásico, propio de los países europeos, sino uno ético, que se fundamenta en la integración de la comunidad latinoamericana en función de los valores democrático-constitucionales y, en particular, de la dignidad de la persona humana que guía el derecho internacional de los derechos humanos. Valores estos que en algunos países se encuentran en un proceso de deconstrucción, sobre todo en países con democracias débiles y poco institucionalizadas.

Patricio Rubio Correa
Profesor del Departamento Académico de Derecho-PUCP

El trabajo realizado por Natalia Torres presenta un completo análisis de la figura del control de convencionalidad desde la óptica de la función jurisdiccional, demostrando la riqueza del tema y esbozando las complejidades de este. En él se aprecia una rigurosa investigación sobre la presencia del control de convencionalidad en diversas sentencias de la Corte Interamericana (en adelante la Corte) y fundamentalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estableciendo una vinculación que podría considerarse sustancial entre la labor jurisdiccional internacional y la constitucional, reconocida como tal por la propia Corte.

Al tratar este tema, resulta interesante recordar que el sistema interamericano se inspiró en el sistema europeo de derechos humanos y tomó de él las dos instituciones que hoy lo caracterizan: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos desapareció para permitir el acceso directo de los individuos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas voces plantearon realizar la misma modificación en nuestro continente. Sin embargo, el rápido colapso que ocasionó la desaparición de la Comisión Europea con la acumulación de miles de casos esperando ser atendidos por el Tribunal hizo comprender que el esquema inicial de contar con dos órganos, uno previo no jurisdiccional y un tribunal internacional, era en las actuales circunstancias el adecuado para nuestro continente, ya que lo que este esquema busca es inspirar el trabajo de los tribunales nacionales con sentencias y opiniones consultivas que establezcan estándares de protección a ser tenidos en cuenta por la justicia nacional de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, que son los principales llamados a hacer valer los derechos humanos de sus ciudadanos.

Así lo señala expresamente la Corte en el párrafo 72 de la resolución del 20 de marzo de 2013 sobre supervisión de sentencia emitida en el caso *Gelman vs Uruguay*:

Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones de derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo

en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.¹

Dentro de este objetivo, el control de convencionalidad, entendido de acuerdo con lo señalado por Natalia Torres, como una técnica de control normativo consistente en la obligación de parte de las autoridades nacionales de contrastar las disposiciones de derecho interno a la luz de los tratados o instrumentos del Sistema Interamericano, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es algo nuevo en el sistema interamericano de derechos humanos. Por el contrario, podría decirse incluso que se desprende de la misma finalidad del sistema y, más concretamente, de la obligación de los Estados contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, tal como se sostiene en la investigación.

Varios planteamientos de la investigación invitan a una reflexión mayor como por ejemplo si el control de constitucionalidad implica necesariamente el de convencionalidad; si cabe este control en situaciones que no cuenten con pronunciamientos de la Corte en la que esta haya plasmado su interpretación de la Convención; si cabe pensar en la discrecionalidad de los jueces internos frente a las sentencias de la Corte Interamericana que no son directamente expedidas contra su país de nacionalidad o si, más bien, para efectos prácticos, estas tienen un efecto vinculante único al igual que las opiniones consultivas; si la responsabilidad internacional del Estado declarada en vía contenciosa debe ir más allá de la comprobación de la violación del derecho de una víctima determinada; si nos encontramos en una etapa de constitucionalización del derecho internacional en materia de derechos humanos o si los retrocesos en la jurisprudencia constitucional más reciente sería evidencia de que nos encontramos en un proceso único y constante de internacionalización del derecho constitucional, entre otros asuntos.

Una realidad indiscutible es que los tres principios especiales de interpretación de los tratados de derechos humanos, es decir, el principio *pro homine*, el principio de interpretación dinámica y el de interacción interpretativa de los tratados de derechos humanos, si bien no pueden modificar lo establecido en el texto de los tratados, sí elevan de manera continua los estándares mínimos que pueden desprenderse de ellos. Por tanto, cuando se menciona que los tratados representan estándares mínimos, no se hace referencia a un nivel estático de obligaciones para los Estados. Esto implica una permanente e irreversible exigencia de ir mejorando la protección y garantía de estos derechos, lo que nos da la ruta que, en mayor o menor medida, tiene que iluminar estos procesos de reflexión.

Cabe mencionar que esta labor compete fundamentalmente a los tribunales nacionales, quienes son los llamados a hacer justicia en caso de violación de uno o más derechos.

Sin embargo, la Corte ha sostenido que:

[...] el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.²

¹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de marzo de 2013.

² Resolución de supervisión de sentencia del 20 de marzo de 2013 emitida en el caso Gelman vs. Uruguay, párrafo 72.

De este modo, la Corte extiende la obligación a toda autoridad del Estado incluidos el Poder Legislativo y Ejecutivo, dando lugar con ello a situaciones en las que concretar este control puede devenir en un proceso más complejo. Si bien este es un ámbito que escapa al trabajo realizado por Natalia Torres, la propuesta de la Corte merece una pequeña mención y para ello tomaremos como ejemplo el caso de los funcionarios del Poder Ejecutivo.

En el marco de sus competencias, los funcionarios deben actuar conforme a los estándares internacionales en la materia. Pensemos por ejemplo en la reglamentación de una ley, más específicamente en la regulación de un procedimiento administrativo, el que deberá ajustarse a las garantías de un debido proceso.

Sin embargo, pueden presentarse otras situaciones en las que un marco legal, no adecuado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede limitar la capacidad de acción de los funcionarios, los que estarán impedidos de actuar contra la ley así como de no aplicarla. En estos casos siempre cabe al interesado recurrir a la justicia.

¿Pero qué sucede cuando la justicia no actúa con adecuación a las obligaciones internacionales de derechos humanos? Este escenario es el que frecuentemente debe enfrentar el Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la propia Corte. En estos supuestos, los representantes estatales ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos deberían asegurar una solución amistosa en aplicación del control de convencionalidad.

No obstante, en la práctica se han presentado casos de tipo laboral en los que el Poder Judicial ha fallado a favor del Estado, perjudicando el derecho de los individuos y determinando en última instancia que los funcionarios estatales no pudieran arribar a una solución amistosa. De lo contrario, se hubiera tenido que aceptar la responsabilidad del Estado y asumir el pago de una abultada reparación, a la vez que desconocer la existencia de una sentencia firme que no atendía dichos reclamos, lo que habría expuesto a quienes participaron en esa transacción a acciones de control, así como el establecimiento de previsibles responsabilidades.

El planteamiento de la Corte respecto al control de convencionalidad nos habla de obligaciones que, si bien apuntan en una misma dirección, presentan diferencias de acuerdo a las funciones que competen a los diversos poderes, órganos o autoridades, lo que evidencia la necesidad de continuar la investigación y definición de sus variados alcances.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Vistos los comentarios de los profesores César Landa Arroyo y Patricio Rubio Correa, quiero agradecer el análisis que han realizado del trabajo presentado y los comentarios que han planteado respecto de este.

El estudio del tema relativo al control de convencionalidad, como lo señalan los profesores en mención, involucra una serie de aspectos relevantes para el derecho constitucional peruano y latinoamericano. De hecho, la mención a las sentencias y a los problemas o preguntas que plantean en sus textos dan cuenta de la variada temática sobre la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado este tipo de control (libertad de expresión, derechos de los pueblos indígenas, leyes de autoamnistía, entre otros) y de todo lo relativo a su aplicación por autoridades nacionales, tanto de los jueces como de los otros poderes del Estado.

Ahora bien, conviene señalar que la relevancia del control de convencionalidad también tiene impacto en el seno del ámbito europeo. La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Río Prada vs. España* es una muestra del ejercicio de control que realizan los jueces internacionales respecto de la labor que realizan los jueces nacionales en la interpretación y aplicación del derecho nacional español en materia de beneficios penitenciarios.¹

La emisión del fallo relativo al caso mencionado ha involucrado que la Doctrina Parot sea analizada no para declararla inconvencional,² pero sí para determinar si es aplicable o no al caso de la terrorista del grupo ETA, Inés del Río Prada.³ Tratándose de un examen relativo a la forma en que se han aplicado las normas relativas al establecimiento de beneficios penitenciarios, en la práctica se ha llevado a cabo un control de convencionalidad respecto de la aplicación de las reglas de la mencionada doctrina al caso de la condenada Inés del Río.

¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Del Río Prada vs. España*, (*Application 42750/09*), 21 de octubre de 2013.

² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que en materia penitenciaria cada Estado tiene la potestad de fijar los alcances de su política criminal, aunque los límites de ello se encuentran en la aplicación retroactiva del derecho penal (párrafo 116).

³ Esta se basaba en una interpretación por la cual el Tribunal Supremo Español estableció que «los beneficios penitenciarios se aplican a cada una de las condenas que tenga el interno de forma individual y no al cómputo máximo de cumplimiento de las penas que establecía la ley penal española, es decir, a treinta años» (Tribunal Supremo. Sentencia 197/2006, 28 de febrero de 2006).

La mención a este último fallo permite poner de relieve que el tema de estudio tiene un alto grado de complejidad en torno a la forma de comprender la relación entre los sistemas normativos nacionales y los internacionales. Sin duda, la realidad y la dinámica entre sistemas normativos exigen una serie de respuestas para la que la estructura de los sistemas de fuentes entendidos en sentido tradicional (sistema kelseniano) no tiene respuestas plenamente satisfactorias.

Por ello, el profesor Landa cuestiona las categorías tradicionales del derecho constitucional que se han utilizado para analizar el estudio e impacto del control de convencionalidad que realizan los jueces nacionales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ellas no reflejarían la real dimensión del tema.

Por ello, si bien es cierto que el *Cuaderno de Trabajo* analiza el impacto del control de convencionalidad a partir de las figuras tradicionales y típicas de la teoría del derecho constitucional, no se pierde de vista que el tema desarrollado también se puede abordar desde la perspectiva de la tutela multinivel de los derechos fundamentales.

De hecho, aunque el profesor Landa no menciona expresamente esta categoría, en la doctrina europea y de modo aún incipiente en América Latina se vienen desarrollando esfuerzos por articular o analizar los alcances del modelo de constitucionalismo multinivel en el ámbito del derecho internacional y del proceso de integración europeo. En efecto, el control de convencionalidad sería manifestación de ello.

Como se ha adelantado en el *Cuaderno de Trabajo*, la tutela o constitucionalismo multinivel involucra un proceso de constitucionalización de las fuentes de derecho internacional, generando una multiplicidad de Constituciones que se relacionan horizontalmente entre sí, sin capacidad para anularse mutuamente o que una prevalezca a priori sobre otras (Núñez 2004: 115-136).

De modo que en términos gráficos las relaciones entre las fuentes del derecho se dibujan como una especie de telaraña en la que la regla que permite explicar su vínculo es la coexistencia y coordinación en el marco de la horizontalidad entre ordenamientos y/o sistemas normativos (Núñez 2004: 115-136).

Sin duda, lo explicado tendría mucha utilidad si se aplica como punto de partida para reflexionar sobre la reconfiguración de la relación entre los sistemas normativos nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Quizá la perspectiva de orden multinivel refleje en mayor medida lo dinámico de la relación entre derecho constitucional y derecho internacional.

No obstante ello, la forma en que el tema se aborda en este documento también permite definir o plantear algunos aspectos relativos al vínculo entre ambas ramas del derecho, sobre todo en un contexto en el que el cumplimiento de las sentencias y la incorporación de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aún es materia de discusión en el seno de los tribunales nacionales desde la perspectiva de la pirámide de Kelsen.

Así, por ejemplo, en el 2011, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación emitió una resolución en la que señaló que el control de convencionalidad tendría los mismos efectos que los de constitucionalidad, ya que los jueces federales pueden declarar inválida una norma que atente

contra los tratados de derechos humanos, y el resto de jueces deberán inaplicar la norma que sea incompatible con los estándares nacionales.⁴

Igualmente, en septiembre de 2013 el mismo tribunal ha emitido la resolución de contradicción 293/2011 interpuesta a raíz de la disparidad de criterios de tribunales colegiados de distinto circuito en relación con el rango de los tratados de derechos humanos y el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta resolución de contradicción se ha establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los jueces. Por otro lado, se ha establecido que los tratados de derechos humanos constituyen el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.⁵

Asimismo, aunque en este trabajo el control de convencionalidad no se desarrolla desde la perspectiva multinivel, el documento pone de relieve la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho internacional y viceversa en el que concurren aspectos comunes de protección y finalidad de ambas ramas del derecho, como es la protección de los derechos fundamentales, las garantías jurisdiccionales y la limitación del poder Estatal y la interpretación judicial como mecanismo de creación y delimitación de los contenidos de los derechos.

En esa lógica, en este trabajo, al menos en el caso peruano, se ha optado por reconducir la relación entre los tratados y las fuentes nacionales a la parte más alta de la pirámide de Kelsen a fin de hacer visible que los primeros ostentan la misma fuerza activa y pasiva que las disposiciones de la Constitución formal.

En este punto, se coincide con lo que también ha planteado el profesor César Landa en su obra *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Él, desde el punto de vista de la estructura tradicional del sistema de fuentes, también ha optado por reconocerles —como mínimo— una posición de rango constitucional a los tratados de derechos a partir de lo que él denomina la *teoría de la razonabilidad* (Landa 1999: 564-565).

El trabajo, como indica el profesor Rubio, plantea en realidad una serie de temas aún pendientes de solución en el seno del derecho constitucional peruano y latinoamericano. Por ello, la reflexión propuesta en el documento quizá no da respuestas unívocas sino que permite visibilizar los principales puntos que debieran ser objeto de análisis, como por ejemplo: si existe o no la necesidad de reformular los usos y categorías constitucionales que permita comprender los alcances del proceso de apertura constitucional, entre otros temas.

Ahora bien, otro de los puntos relativos a la discusión de la aplicación del control de convencionalidad es si las autoridades de entidades del Poder Ejecutivo y/o Legislativo tienen la obligación de llevar a cabo este tipo de examen normativo. En efecto, la Corte Interamericana

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el Expediente 912/2010 y votos particulares formulados por los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales, así como votos particulares y concurrentes de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013. En este fallo, se analizó la interpretación del artículo primero de la Constitución a partir de la reforma del 10 de junio de 2011.

de Derechos Humanos ha planteado que el deber corresponde no solo a los jueces nacionales sino también a las autoridades administrativas y el propio Poder Legislativo.

Al respecto, esta tesis habría sido aplicada en el ordenamiento nacional en la medida que el Tribunal Constitucional en el caso AIDSESEP estableció que el Ministerio de Energía y Minas tenía la obligación de emitir un reglamento sectorial de derecho a la consulta en ausencia u omisión del Legislativo en la emisión de una ley que regulase los alcances del derecho a la consulta.⁶

Empero, cabría preguntarse cuáles son los límites de la aplicación del control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas, más aún si es que ello conlleva una eventual contradicción con la posición asumida por tribunales jurisdiccionales en el seno del Estado.

¿El control de convencionalidad que realizan las autoridades administrativas podría oponerse al establecimiento de un fallo judicial que ha adquirido calidad de cosa juzgada para evitar una condena en el seno del el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En el fondo se trata de establecer quién es el controlador en el seno nacional de los estándares de protección de un derecho fundamental.

Quizá la respuesta sobre la materia se encuentre en la propia formulación que del tema ha realizado la Corte Interamericana. En efecto, se ha señalado que «el control de convencionalidad debe ser aplicado por las autoridades en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».⁷

Así, por ejemplo, el caso relativo al caso *Artavia vs. Costa Rica*, en la medida que plantea un concepto de derecho a la vida (tesis de la anidación) que difiere de lo establecido por el Tribunal Constitucional de Perú, podría involucrar que las autoridades administrativas incorporen el nuevo estándar del derecho a la vida y desconocer lo que ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia 02005-2009-AA/TC (tesis de la fecundación).

No obstante ello, el límite para la aplicación del nuevo concepto de derecho a la vida debiera estar en el hecho de que la autoridad administrativa en el caso en concreto tiene la obligación de ejecutar un fallo emitido por el máximo intérprete de la Constitución, pues esta sentencia ha adquirido el carácter de cosa juzgada constitucional. De modo que a quien correspondería establecer los alcances del concepto de derecho a la vida es al legislador, pero también al juez a través de su labor interpretativa y creativa.

Precisamente, el Poder Ejecutivo o en general la Administración, conforme lo señala la Constitución de 1993 en su artículo 118, inciso 9, tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Si se concluye que el juez ordinario ha emitido una sentencia que se puede llamar injusta o si se quiere inválida a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,

⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC, FJ. 61-64.

⁷ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 65.

el ordenamiento no prevé alternativas contra un supuesto como el mencionado, salvo el uso de los instrumentos de orden procesal constitucional para el control de resoluciones judiciales.⁸

Empero, esta es una cuestión que se resuelve en el ámbito jurisdiccional; no obstante ello, la interrogante del profesor Rubio, en la práctica coloca de relieve la necesidad de llevar a cabo una reflexión sobre los propios límites de la técnica de control de convencionalidad (desde el punto de vista competencial), pero también respecto a los alcances de los efectos de los fallos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y si existe algún margen de apreciación para los Estados parte del Sistema.

Distinto sería el caso en el que la propia Administración es la que debe aplicar o resolver un conflicto que tiene relación con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese caso, la Administración tiene la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad para proteger adecuadamente los derechos de un administrado, de acuerdo con lo señalado por la propia Corte IDH.

Como fuere, en esto también se hace visible un tema de la mayor relevancia, pues pareciera que el control de convencionalidad tiene una fuerza mayor que la del propio control de constitucionalidad en tanto y en cuanto este último debe ser aplicado únicamente por los tribunales administrativos de carácter nacional, o que son definidos como de justicia administrativa, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.⁹

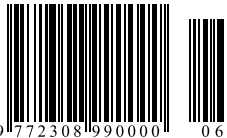
En líneas generales, el ejercicio de articular el derecho interno con el derecho internacional involucra que las autoridades asuman como criterio de resolución de conflictos o de creación de derecho al principio pro persona, pero también que asuman e internalicen el rol del Estado Constitucional en un contexto globalizado. Quizá, más que la búsqueda de respuestas de orden teórico o técnico, lo que se necesita para promover la máxima tutela de los derechos fundamentales en el país es contar con operadores y funcionarios estatales comprometidos con los valores y principios que se consagran en la Constitución de 1993.

⁸ El artículo 4 del Código Procesal Constitucional hace referencia al amparo contra resoluciones judiciales cuando se ha vulnerado la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, el caso Apolonia Ccollca amplía el parámetro de revisión por parte del juez constitucional, quien podrá analizar una resolución en el caso de que se haya vulnerado cualquier derecho fundamental. (Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 3179-2004-AA/TC, FJ. 20 y ss.)

⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 3741-2004-AA/TC, FJ. 50 y Resolución Aclaratoria, FJ. 4.



ISSN 2310-5011



DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>