



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LOS ALCANCES DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNO PERUANO”**

**Tesis para optar el título profesional de
ABOGADO**

**Presentado por:
Bach. Pedro Javier Sedano Béjar**

**Asesor:
Abg. Yuri Jhon Pereira Alagón**

Cusco, diciembre de 2016



A mi madre.



ÍNDICE

INTRODUCCION 6

CAPÍTULO I..... 8

PROBLEMA 8

1.1. DESCRIPCIÓN PROBLEMÁTICA 8

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... 10

 1.2.1. Problema general 10

 1.2.2. Problemas específicos 11

1.3. OBJETIVOS..... 11

 1.3.1. Objetivo general 11

 1.3.2. Objetivos específicos 11

1.4. HIPÓTESIS 12

 1.4.1. Hipótesis general 12

 1.4.2. Hipótesis específicas 12

1.5. CATEGORÍAS DE ESTUDIO 12

1.6. MÉTODO 13

 1.6.1. Diseño metodológico 13

1.6.2. POBLACIÓN Y MUESTRA 13

1.6.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS 13

3.4. MODELO DE INSTRUMENTO 13

1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN 14

 1.7.1. Relevancia social 14

 1.7.2. Conveniencia de la investigación 14

 1.7.3. Implicancias prácticas 15

 1.7.4. Valor teórico..... 15

 1.7.5. Utilidad metodológica..... 15

1.8. VIABILIDAD DEL PROYECTO..... 16



CAPÍTULO II..... 17

DESARROLLO TEMÁTICO 17

SUB CAPÍTULO I..... 17

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 17

1.1. ASPECTOS GENERALES..... 17

 1.1.1. Definiciones pertinentes 17

1.2. TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 19

 1.2.1. El control difuso de constitucionalidad 19

 1.2.2. El control concentrado de constitucionalidad..... 22

**1.2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA PROBLEMÁTICA
ABORDADA 24**

 1.2.1. El caso Salazar Yarlenque 24

 1.2.2. El caso Consorcio Requena 26

**1.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU POSTURA ANTE LA
“CONVENCIONALIDAD” 30**

SUB CAPÍTULO II..... 32

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES 32

2.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES 32

 2.1.1. Definiciones pertinentes 32

 2.1.2. Características fundamentales 34

 2.1.3. Principios aplicables 36

2.2. EL DERECHO DE LOS TRATADOS 38

 2.2.1. Cuestiones históricas..... 38

 2.2.2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 39

2.3. EL PERÚ Y LA CONVENCIÓN DE VIENA 41

SUB CAPÍTULO III 42

**LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 42**

4.1. LA CADH..... 42

 4.1.1. El contexto histórico 42



4.1.2. La CADH y los derechos humanos 43

4.2. LA CIDH 47

4.2.1. Historia: La necesidad de protección de los derechos humanos 47

4.2.2. La instauración de la CIDH 49

4.2.3. Las funciones de la CIDH 50

4.2.4. La competencia contenciosa de la CIDH y el Perú 52

SUB CAPÍTULO IV 54

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 54

4.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 54

4.1.1. Algunas cuestiones históricas 54

4.1.2. Concepto y definiciones pertinentes al Control de Convencionalidad 55

4.1.3. Características y singularidades del Control de Convencionalidad 57

4.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH 60

4.2.1. El caso Almonacid Arellano y otros VS. Chile 60

4.2.3. El caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú y el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México 61

4.3. LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 64

4.4.1. El Poder Judicial 64

4.4.2. El Poder Legislativo 66

4.4.3. El Poder Ejecutivo 67

CAPÍTULO III 69

ANÁLISIS DE RESULTADOS 69

3.1. RESULTADOS DE ESTUDIO 69

CONCLUSIONES 72

RECOMENDACIONES 74

BIBLIOGRAFÍA 75



INTRODUCCIÓN

La presente tesis versará en torno a los alcances de la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito del derecho interno peruano. Así, en primer orden se dará una breve aproximación a la problemática abordada, el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado peruano y sobre todo la desprotección que estaría cometiéndose en materia de derechos humanos.

Para una mejor comprensión del tema se propuso el estudio de categorías que ayudarán a esclarecer lo referente al instituto del control de convencionalidad, parte de sus fundamentos, las formas de su exteriorización y la labor que de esta tienen tanto los tribunales internacionales como los nacionales. Resaltaremos además en el transcurso todas las cuestiones jurisprudenciales y doctrinales que apoyan nuestra postura.

Así entonces, como parte inicial del desarrollo teórico se abordará lo concerniente al control de constitucionalidad, algunas definiciones pertinentes, su desarrollo histórico desde los sistemas europeo y anglosajón, lo cual nos servirá de punto de partida para distinguir sus clases: el control difuso y el control concentrado, tomando las referencias del *judicial review* norteamericano y los postulados de Hans Kelsen por el lado europeo. Seguidamente veremos el control constitucional en el caso peruano e ingresaremos en el plano de la problemática del control de convencionalidad dentro de dos casos esenciales que influyen el tema abordado, el caso Salazar Yarlenque y el del Consorcio Requena, sobre la posibilidad del control difuso administrativo. Terminaremos la parte inicial señalando -mediante lo resuelto en la jurisprudencia constitucional- cuál es la postura que nuestro Tribunal Constitucional acoge frente a la “convencionalidad”.

Como segunda parte estudiaremos lo que -a consideración nuestra- termina siendo la verdadera base de la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad, esto es, la doctrina sobre tratados y convenios internacionales, las definiciones necesarias para su comprensión, sus características y los principios que de ellos se desprende. Abordaremos consecuentemente todo lo referido al Derecho de los Tratados, la historia que giró en torno a



esta y especialmente todo lo referido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y la participación que tuvo el Estado peruano en ésta.

La tercera parte del desarrollo temático se encargará de relacionar todo lo estudiado en cuanto a doctrina sobre tratados internacionales para comprender la validez e importancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Se realizará un recuento histórico del contexto en el que se empezó a prestar atención a la protección de derechos fundamentales y a la necesidad de garantizarlos en todo momento, en este punto se iniciará el estudio de la CIDH como organismo fundamental en dicha labor proteccionista, por lo que se estudiará los motivos de su instauración, sus funciones y con especial énfasis todo lo relacionado a su competencia contenciosa.

Como última parte veremos el tema principal de nuestra tesis que engloba todo lo concerniente al control de convencionalidad: su historia y su contextualización, el concepto propiamente dicho y todas las definiciones necesarias para entender a cabalidad su importancia, las características que posee y sus principales singularidades respecto de instituciones similares. Para dar el fundamento jurisprudencial tomaremos todo lo señalado por la CIDH como agente principal en el desarrollo del contenido del control de convencionalidad, en este punto tomaremos los casos de *Almonacid Arellano Vs. Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú* y el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Todo este estudio nos servirá para arribar en la obligatoriedad y en los alcances que posee la aplicación del control de convencionalidad a nivel de todos los poderes del Estado peruano.



CAPÍTULO I

PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN PROBLEMÁTICA

El control de convencionalidad es un tema que a lo largo de su reconocimiento ha ido acrecentando moderadamente su desarrollo jurisdiccional y doctrinal en el ámbito internacional; así, es ya conocido que la aplicación y vinculatoriedad de dicho instituto se ha extendido a todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos y convencionales, en ese sentido -y a modo de introducción a la problemática a desarrollar- es necesario observar algunos puntos fundamentales de la concepción de obligatoriedad y vinculatoriedad del control de convencionalidad tanto a nivel internacional como nacional especialmente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca de la obligatoriedad del control de convencionalidad en reiterada jurisprudencia; así, ha sentado determinadas precisiones acerca de su aplicación y de su alcance a nivel interno de los Estados parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En tal sentido, la primera vez que se impuso el concepto de “control de convencionalidad” a nivel del pleno de la CIDH se dio con ocasión de la sentencia del caso “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, señalando que:

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



Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sujetos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (2006: fundamento 124).

Bajo esa misma lógica se fueron emitiendo sucesivas sentencias en las que se precisaba la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad en los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así, se fueron desarrollando los fundamentos de su aplicación a todo nivel, esto es, para todo poder público estatal; tal como puede desprenderse del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* donde la CIDH señala que:

[...] ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia 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” (2010).



Bajo ese enfoque existen varias sentencias en las que se desarrolla y precisa el alcance del control de convencionalidad a nivel del derecho interno de cada Estado miembro de la CADH; sin embargo, la realidad nos muestra que -en el caso del Estado peruano- si bien es bastante conocida la obligatoriedad del control de convencionalidad, ésta no se aplica de tal forma, ya que como iremos viendo más adelante, dicho control pareciera funcionar únicamente a nivel de nuestro Poder Judicial, contraviniendo directamente lo establecido en la CADH.

Lo antes señalado se desprende especialmente de la estrecha relación que existe entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, pues partimos del razonamiento de que realizar un control de constitucionalidad, de cierta forma, es también realizar un control de convencionalidad, ya que en el fondo lo que ambos institutos intentan proteger son los derechos humanos; así, un claro ejemplo que nos muestra que el control de convencionalidad no es ejercido a todo nivel como corresponde a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, es el hecho de que se haya dejado sin efecto el control difuso constitucional a nivel administrativo, más conocido como “control difuso administrativo”, imposibilitándose de esa forma todo intento de control convencional por parte del poder público administrativo, ya que al no poder realizarse un control constitucional menos podrá realizarse uno convencional, poniéndose en duda la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad a nivel de todos los poderes públicos del Estado Parte perteneciente a la CADH.

Este último razonamiento vulnera lo reconocido por el Estado peruano al haber suscrito la CADH, motivo por el cual nos planteamos la siguiente interrogante.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Es obligatoria la aplicación del control de convencionalidad por los poderes legislativo y ejecutivo, además del poder judicial?



1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿El poder judicial en el Perú viene aplicando el control de convencionalidad?

¿Pueden los poderes legislativo y ejecutivo aplicar el control difuso de constitucionalidad?

¿Pueden los poderes legislativo y ejecutivo aplicar el control de convencionalidad?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar si la aplicación del control de convencionalidad es obligatoria por los poderes legislativo y ejecutivo, además del poder judicial.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Establecer si el poder judicial viene aplicando el control de convencionalidad.

Determinar si los poderes legislativo y ejecutivo pueden aplicar el control difuso de constitucionalidad.

Analizar si los poderes legislativo y ejecutivo pueden aplicar el control de convencionalidad.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

Debe entenderse por obligatoria la aplicación del control de convencionalidad para todos los poderes públicos y no solo para el Poder Judicial.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

El Poder Judicial en el Perú viene aplicando aisladamente el control de convencionalidad.

Los poderes legislativo y ejecutivo deben aplicar el control difuso de constitucionalidad.

Los poderes legislativo y ejecutivo deben aplicar el control de convencionalidad.

1.5. CATEGORÍAS DE ESTUDIO

Categorías temáticas	Sub categorías
Categoría 1° Control de constitucionalidad	<ol style="list-style-type: none">1. El control difuso de constitucionalidad.2. El control concentrado de constitucionalidad.
Categoría 2° Tratados y convenios	<ol style="list-style-type: none">1. Alcance de los tratados y convenios internacionales. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.2. Control de convencionalidad.

1.6. MÉTODO

1.6.1. DISEÑO METODOLÓGICO

Enfoque de investigación	Cualitativo: Porque tiene como objetivo el análisis del alcance del control de convencionalidad en función a lo regulado por el derecho peruano. Analizando e interpretando su delimitación a nivel nacional e internacional, profundizando y aprehendiendo el problema tratado.
Tipo de Investigación Jurídica	Jurídico-descriptivo: Debido a que la presente investigación -desde una postura analítica- intenta estudiar el problema planteado en sus diversos aspectos, realizando un estudio de los alcances del control de convencionalidad a nivel internacional y sobretodo nacional.

1.6.2. POBLACIÓN Y MUESTRA

Debido al carácter doctrinario de nuestra investigación, la población y la muestra se concentran únicamente en la institución jurídica del control de convencionalidad.

1.6.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas utilizadas en la investigación son primordialmente:

- a. Análisis jurisprudencial.
- b. Análisis doctrinal.
- c. Análisis documental.

3.4. MODELO DE INSTRUMENTO

Principalmente se utilizarán:

- a. Fichas de análisis jurisprudencial.



- b. Fichas de análisis doctrinal.
- c. Fichas de análisis documental.

1.7. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. RELEVANCIA SOCIAL

La presente investigación tiene como finalidad la de analizar los alcances que pueda tener el control de convencionalidad dentro de los parámetros que impone el derecho interno peruano, así, podremos esclarecer los efectos que se despliegan de dicho instituto jurídico y ayudar al entendimiento de la necesidad y obligatoriedad de su aplicación para la protección de los derechos humanos.

El alcance social de la presente investigación se extiende a las áreas interesadas en la protección de los derechos humanos, incluyendo -como corresponde- especialmente a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial peruano.

1.7.2. CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Consideramos que nuestra investigación debe ser realizada puesto que responde a una problemática notoria y controversial debido al escaso pronunciamiento judicial-nacional sobre el tema. La investigación tiene la finalidad de poner en evidencia la importancia y necesidad de una correcta aplicación del control de convencionalidad en toda la magnitud de su alcance. Bajo tal consideración, es totalmente conveniente el desarrollo de nuestra investigación.



1.7.3. IMPLICANCIAS PRÁCTICAS

Nuestro punto de análisis se centra en la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad en atención al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, puede considerarse la presente investigación como fuente de análisis comparativo para otros escenarios, vale decir, como material bibliográfico que pueda ser utilizado debido a la escasa doctrina desarrollada que existe a nivel nacional sobre el tema. Asimismo, puede tomarse algunos aspectos a desarrollar dentro de la presente investigación como los acápites vinculados a la protección internacional de los derechos humanos y el Derecho de los Tratados.

1.7.4. VALOR TEÓRICO

La información aquí analizada contribuirá a comprender de una mejor manera los alcances de la obligatoriedad del control de convencionalidad, así como a esclarecer de mejor manera la implicancia que tiene dicho instituto en el marco del derecho interno peruano. En tal sentido, lograremos satisfacer un conocimiento que necesita ser aclarado y comprendido desde diversos aspectos, siendo en este caso el factor jurisprudencial el más resaltante.

1.7.5. UTILIDAD METODOLÓGICA

El desarrollo metodológico de nuestra investigación podrá ser tomado en consideración como instrumento para futuros análisis. Éste consiste, básicamente, en la descripción y comprensión del alcance del control de convencionalidad, su consecuente obligatoriedad y su vinculación con el derecho interno peruano.



1.8. VIABILIDAD DEL PROYECTO

En mérito a los objetivos trazados y al contexto analizado, consideramos posible la realización de la investigación. El tiempo a utilizar responde únicamente a la información que debe obtenerse del material bibliográfico, doctrinal y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional. En ese entender, es viable la investigación.



CAPÍTULO II

DESARROLLO TEMÁTICO

SUB CAPÍTULO I

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.1. ASPECTOS GENERALES

1.1.1. Definiciones pertinentes

De manera introductoria debe señalarse que el análisis que ha de realizarse en torno al control de constitucionalidad tiene la finalidad de esclarecer algunos puntos que complementan la temática principal de la presente investigación, esto es, reforzar la idea de extensión del control de convencionalidad, delimitar su alcance y afianzar a cabalidad su obligatoriedad, tal como se verá al finalizar el presente estudio.

Antes de abordar lo concerniente al control de constitucionalidad, haremos un recuento histórico de cómo es que se llega a terminar con la actual concepción de dicho instituto jurídico. Veamos entonces, existen dos hechos puntuales que inician con la idea de la preponderancia de normas fundamentales (constitucionalidad): el caso norteamericano del *judicial review* que conlleva a un control difuso, y el caso europeo de los tribunales constitucionales a raíz de los postulados iniciales de Hans Kelsen.

En el ámbito norteamericano nos remontamos al año 1803 en el que se presentó el llamado caso *Marbury Vs. Madison* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, éste fue el primer caso en el que un juez pasó por alto un mandato legal por considerarlo contrario a los parámetros de la Constitución de ese país. En otras palabras, la labor del juez John Marshall -quien llevó el caso- no fue más que de aplicación de lo que hoy se entiende por control difuso o, siendo semánticamente más precisos, del *judicial review*.

Ahora, alejándonos un poco del análisis histórico, conviene precisar algunos aspectos referidos a la Teoría del Estado, lo cual ayudará a entender y diferenciar de qué hablamos cuando mencionamos *lo constitucional* y *lo legal*. Recordemos que el control constitucional ha tenido un desarrollo que incluso hoy por hoy aún presenta, por razones muy conocidas, divergencias entre los sistemas anglosajón y europeo. En ese entender, para Barranco:

[...] la Constitución del Estado constitucional es una que se define a partir de las características siguientes. Primera, es un texto normativo, es decir, se configura como Norma [sic] y, consecuentemente, vincula a sus destinatarios (el poder público y los particulares). Segunda, vincula como norma suprema, es decir, la validez del resto del ordenamiento jurídico depende de su adecuación al contenido normativo constitucional. Tercero, es norma jurídica suprema con contenido material, es decir, recoge valores (dignidad humana, justicia, libertad, solidaridad, etc.) que tienen validez jurídica y que por ello reclaman ser aplicados. [...] Por el contrario, la Constitución del Estado legal [es] una negación de cada una de estas características. Así, la Constitución no [vincula] de modo efectivo a sus destinatarios, [...] por su carácter no normativo sino eminentemente político, no [podría] ser considerada como fuente efectiva de juricidad, [...] no [tiene] contenido jurídico material alguno (2011: 10-11).

Notamos que lo importante acerca del control constitucional, en buena cuenta, es la proyección que se desprende del texto constitucional no necesariamente como organizador del Estado sino más bien como equilibrador del poder y, lato sensu, como protector de derechos. He allí una de las bases del constitucionalismo actual.

Como segundo caso, habíamos indicado que otro de los hechos iniciales para el desarrollo del control de constitucionalidad actual fue el aporte realizado por Hans Kelsen en



cuanto a la noción de “Ley fundamental” y/o Constitución, y sobre todo, la idea de un órgano independiente a los poderes del estado (especialmente al legislativo) que tenga como principal función la protección y el afán de garantizar la no vulneración de los derechos en ella reconocidos: la idea de un Tribunal Constitucional.

El aporte de Kelsen concluye en el llamado control concentrado por parte de un tribunal, “[él] sostenía que la función del tribunal constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen: el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas -la Constitución y la Ley- eliminando la disposición incompatible con la regla suprema mediante una sentencia constitutiva” (Highton 2014: 2). Así, el control concentrado de constitucionalidad es únicamente realizado por dichos tribunales o cortes que, de una u otra forma, representan un límite a los poderes del Estado y a la misma vez implican un riesgo al estar revestidos de tal facultad; sin embargo, se encuentran también bajo el espectro constitucional de equilibrio y protección de derechos.

Concluyendo podemos señalar, que si bien es cierto que las diferencias son notorias entre control difuso y concentrado de constitucionalidad, es cierto también que ambos tipos de control -a la larga- no son más que instrumentos de protección de los derechos fundamentales necesarios para la convivencia armónica en sociedad.

1.2. TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.2.1. El control difuso de constitucionalidad

Como vimos anteriormente, el control difuso tiene su principal antecedente en el famoso caso *Marbury Vs. Madison* de 1803, llevado por la Corte Suprema de Estados Unidos. Este tipo de control constitucional se encuentra en manos de los jueces no constitucionales, o jueces ordinarios. Señala Fernández que “[...] con la concepción de la supremacía de la norma constitucional [se] [da] lugar a un modelo de jurisdicción constitucional difusa en la que la misión del control de constitucionalidad de las leyes está



encomendada a la totalidad de los órganos judiciales ordinarios [...] y en la que los efectos de la posible declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no se producen más que *inter partes*” (Citado en García A. 2005: 32).

Veremos que el control difuso gira específicamente en la labor del juez ordinario, lo cual es aceptado y reconocido por el derecho interno peruano, estos jueces tienen la obligación de inaplicar la normas legales o de carácter infralegal que resulten incompatibles con la Constitución, dicha labor realizada por el juez solo tiene efectos para el caso concreto que juzga (Barranco 2011: 18), así lo afirma la más basta doctrina tradicional de los sistemas de justicia constitucional. En ese mismo sentido se señala que:

[L]a fórmula de *justicia constitucional difusa y concreta* típica del *judicial review* norteamericano [...] corresponde a todos y cada uno de los órganos que integran el Poder Judicial que pueden inaplicar las normas legales que consideren, en relación con el caso procesal concreto sometido a su jurisdicción, contrarias a la Constitución (artículo 138, párrafo 2° de la Constitución); de esta forma la legitimación judicial está condicionada a la aplicación específica de la norma que se cuestiona (García A. 2005: 318).

Para una mejor comprensión, consideramos necesario señalar algunos aspectos característicos del control difuso de constitucionalidad; según Henríquez: “[e]ste sistema [...] nace con ciertas limitaciones. No deroga la ley, sino la inaplica en caso de contradicción con la Constitución. Su objetivo no es, pues, buscar enfrentamientos con el Poder legislativo (el deber de los jueces es sostener la validez de la ley en tanto ella no repugne a la Constitución de manera manifiesta y evidente), sino preservar la supremacía constitucional” (2007: 160).

Otra característica está referida a las raíces históricas de desarrollo e interacción con el Derecho en tanto una de sus fuentes, en la que el control de las normas legales está supeditado a la combinación de la tradición jurídica anglosajona en la cual la jurisprudencia se incorpora al ordenamiento jurídico como creadora de Derecho (García A. 2005: 32). Además, podemos señalar que este sistema de control judicial es: i) difuso, ya que cualquier juez en cualquier caso concreto puede inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, ii) concreto, ya que requiere de un proceso abierto, esto es, que se haya iniciado un proceso



en vía ordinaria, iii) interpartes, debido a que los efectos solo implican a las partes del proceso, iv) incidental, puesto que su trámite se desprende del proceso principal, v) declarativo, la decisión del juez se limita a declarar la validez o invalidez de la norma, y, vi) no posee efecto derogatorio, debido a que el juez únicamente se limita a la implicación de la ley (Henriquez 2007: 161).

Ahora, tal vez la mejor forma de entender el verdadero rol del control difuso de constitucionalidad es cuando tomamos la perspectiva en la que “el concepto debería extenderse a todo tipo de caso en que un juez interpreta el sentido de un principio constitucional, esté o no analizando la validez de una norma (emanada del Congreso o del Ejecutivo y sus agencias)” (González 2012: 175). Así puede desprenderse también del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el que literalmente se señala que:

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, **el Juez debe preferir la primera**, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional [el destacado es nuestro].

Lo antes desarrollado nos concierne en tanto sostenemos la idea de que el control difuso de constitucionalidad es un tema que -a niveles administrativos o niveles diferentes al del poder judicial- habilita también el examen de convencionalidad que es exigido dentro de los parámetros internacionales reconocidos también dentro del texto constitucional. Veremos más adelante que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha descartado la posibilidad de dicho control en el fuero administrativo, contraviniendo los estándares de protección del corpus iuris internacional, y desvirtuando -con meros argumentos



gramaticales por decir lo menos- jurisprudencia predecesora que buscaba la protección de derechos fundamentales a todo nivel.

1.2.2. El control concentrado de constitucionalidad

Hablar del control concentrado como sistema constitucional es evocar la labor realizada por Hans Kelsen y la idea de las cortes o tribunales constitucionales, la idea del contrapoder equilibrante y la idea del control del texto constitucional por un órgano encargado de su interpretación y resguardo. El fundamento yace en que “[...] el control de dicha norma [las leyes elaboradas por el parlamento] sólo puede recaer en un órgano constitucionalmente configurado, que se desgaja de la estructura clásica de los poderes jurídicos del Estado, a quien se encomienda específicamente esa tarea” (García A. 2005: 34-35). No existe discordancia -al menos desde el punto de vista estrictamente jurídico- en cuanto a doctrina para la aplicación del control concentrado, y se ha consensuado por mucho tiempo acerca su función y finalidad; sin embargo, desde una perspectiva política hay todavía discrepancias referidas a dicho control y su legitimidad.

De manera frecuente las definiciones en torno al control concentrado giran desde la existencia de un órgano ajeno a los poderes del Estado, denominado Tribunal Constitucional, así por ejemplo, para Highton:

Un Tribunal o Corte Constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, esa labor de hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes -y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo- a la Constitución, realizando el examen de constitucionalidad de tales actos. Pero, asimismo, la tarea del Tribunal Constitucional -según el caso- puede incluir resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo o la distribución de competencias entre los poderes constituidos (2014: 1).

La importancia de este organismo reside en el hecho de que al estar encargado de la constitucionalidad del derecho interno del país, consecuentemente, no solo actúa como juez sino también como elemento creador de normas jurídicas, ya que sus decisiones -cuando



tienen el carácter de cosa juzgada- adquieren eficacia erga omnes y poseen la capacidad de dotar de uno o varios sentidos normativos a una disposición (Rolla 2008: 34).

Por otro lado, a veces la idea del contrapoder otorgado a un órgano de control del documento más importante que posee el Estado es sinónimo de un potencial riesgo en cuanto al abuso de tales prerrogativas, por lo que en algunas situaciones “[n]o hace falta cavilar demasiado para caer en la cuenta que esta atribución del Tribunal Constitucional supone el ejercicio de una cuota importante de poder, el cual lleva aparejados importantes y serios riesgos incluso para la existencia misma del Estado constitucional de derecho” (Barranco 2011: 15); sin embargo, también es cierto que dicho poder encuentra sus límites en el mismo texto constitucional lo cual procura un desempeño de funciones no antojadizo por parte de sus miembros.

Así entonces, podríamos señalar -y recapitular en algunos casos- las características que atañen al control concentrado de constitucionalidad, a saber, éste: i) es concentrado, ya que se encuentra a cargo de un órgano especializado; ii) es abstracto, en el sentido de que su interposición no requiere un proceso ordinario abierto, sino que puede accionarse directamente ante el tribunal; iii) se interpone en vía de acción; iv) su efecto es derogatorio ya que las sentencias de inconstitucionalidad dejan sin efecto la norma cuestionada; v) es *erga omnes*, debido a su carácter derogatorio; y, vi) sus efectos son *ex-nunc*, lo que implica la derogación de la norma al día siguiente de la puesta en conocimiento, esto es, una vez realizada su publicación oficial (Henriquez 2007: 162).

De esta forma podemos sintetizar que la idea del control de constitucionalidad, sea este difuso o concentrado, tiene primordialmente la función de garantizar la armonía de un determinado sistema judicial, de hacer coherentes sus mandatos constitucionales y legales no por causa de tranquilidad y estabilidad en dicha estructura, sino por la carga humanística que ello representa, por la plena capacidad de hacer cumplir los valores más esenciales del hombre y la comprensión de este como un *ser* consciente de la fragilidad que existe en la protección del respeto de su dignidad. Ésta termina siendo también una de las constantes luchas del control de convencionalidad.



1.2. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA PROBLEMÁTICA ABORDADA

1.2.1. El caso Salazar Yarlenque

El caso Salazar Yarlenque es bastante conocido ya que es aquí donde -por el año 2005- se consolida en nuestro país como regla obligatoria la postura del control difuso administrativo. Ahora, lo tomamos en cuenta debido a que para efectos de la tesis aquí planteada, éste significa el soporte jurisprudencial necesario para habilitar la aplicación del control de convencionalidad en los poderes del Estado (especialmente el ejecutivo/administración pública), para esto será necesario tener muy presentes los subcapítulos siguientes referidos a tratados internacionales, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, principalmente, el acápite referido al control de convencionalidad.

Dicho lo anterior, veamos por qué es importante el estudio del presente caso. Salazar Yarlenque se emitió un 14 de noviembre del año 2005, en sesión de pleno jurisdiccional con la presencia e intervención de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo. En aquella oportunidad el Tribunal sentó como precedente vinculante además del fundamento 41, el fundamento 50 que señalaba como regla sustancial que:

Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución [el destacado es nuestro].

Con este precedente se habilitaba no solo la facultad de velar por la constitucionalidad de las normas y prácticas a nivel administrativo, sino que consecuentemente se accedía



también a cumplir la obligación de aplicar el control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya proponía y que más adelante consolidaría, esto bajo el fundamento constitucional en el que se establece la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno peruano y a la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que más adelante analizaremos con detalle.

Tiempo después, mediante resolución aclaratoria, se precisó aspectos relacionados a la potestad de control difuso administrativo en la que se estableció que:

[L]os tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados [...]. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. [...] [E]l control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional [...]; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional [...].

Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Así, pudo especificarse que dicho control tiene sustento en tanto existe una justicia administrativa que puede -de ser el caso- inaplicar normas que consideren infractoras y que vulneren los derechos fundamentales de los administrados. El razonamiento del Tribunal

Constitucional en aquel entonces se centró esencialmente en los siguientes puntos: i) el deber de cumplimiento de la Constitución y los principios de unidad de la Constitución y el de concordancia práctica en atención al artículo 138º: la no interpretación positivista y formal; y, ii) la eficacia vertical de los derechos fundamentales.

Ahora bien, y aunque dentro de los fundamentos del Tribunal Constitucional no se haya atisbado la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana en materia de control de convencionalidad, la sentencia inicial y la aclaratoria del caso Salazar Yarlenque significaban un enorme avance en el ámbito de protección de derechos y en materia de cumplimiento de responsabilidades internacionales asumidas por un Estado.

Nuestra posición es clara y sencilla, la tarea jurisprudencial realizada hasta ese momento por el Tribunal Constitucional peruano adecuaba como correspondía los estándares establecidos por el *corpus iuris* internacional, de manera precisa se había dado un importante paso en materia de protección por los tribunales administrativos; sin embargo, de manera desafortunada y totalmente descontextualizada, 09 años después de la vigencia del precedente Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional consideró dejar sin efecto el control difuso administrativo en función a los argumentos recaídos en el caso del Consorcio Requena que a continuación estudiamos.

1.2.2. El caso Consorcio Requena

Este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional el 18 de marzo de 2014, en el que intervinieron nuevos magistrados, prácticamente más de la mitad eran nuevos. Se encontraban así los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

El análisis que haremos tendrá que ver con dos puntos esenciales: i) el (des)contexto en el que se terminó dejando sin efecto un precedente vinculante con más de 8 años de vigencia; y, ii) el voto singular del magistrado Urviola Hani y la idea de mejora del control difuso a nivel administrativo.



Para el primer punto es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes del caso. El Consorcio Requena interpuso demanda de amparo contra la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 que declaraba la improcedencia de su recurso de apelación administrativa interpuesto anteriormente por la descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (I Convocatoria), alegando que se había incorporado indebidamente un nuevo punto controvertido referido al “Gerente de obras”, aspecto que no se había cuestionado en ninguna etapa; al final la Sala revisora declara improcedente la demanda pues se encontraba abierta la vía del proceso contencioso administrativo.

En tales circunstancias es que se plantea el recurso de agravio constitucional, donde el Tribunal Constitucional termina declarando una violación al derecho de igualdad en la aplicación de la ley (pues hubo diferencias en lo resuelto por el Tribunal del OSCE en un caso similar de anterior oportunidad), y asimismo declaró la irreparabilidad del derecho (sustracción de la materia) pues la obra materia de licitación ya se encontraba a nueve meses de avance.

Ahora bien, hasta este momento sabemos que la sentencia en análisis versa específicamente sobre el agravio constitucional en tanto una diferenciada aplicación de la ley, éste es el único punto en debate a raíz del caso en concreto, y así puede desprenderse de una sencilla lectura hasta el fundamento N.º 29 de la sentencia. Hasta allí no existía ningún inconveniente; sin embargo desde el fundamento N.º 30 la línea argumentativa del Tribunal Constitucional cambia de rumbo drásticamente ya que comienza un análisis que nada tenía que ver con el motivo de su pronunciamiento inicial.

Dicho fundamento comenzó a rememorar los expedientes N.º 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC en los cuales se fija los puntos necesarios para la emisión de un precedente vinculante, y acto seguido se centra el análisis en el precedente vinculante referido al control difuso administrativo. La crítica se basa en tres aspectos:

[i] Los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que nos les corresponde ejercer tan importante función; [ii] no existe un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte



de los tribunales administrativos; y, [iii]) permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional, pues el poder Ejecutivo no puede cuestionar la ley sino únicamente acatarla (Rossi 2014).

Ahora, para un sector de la doctrina -sector con el que compartimos postura- la sentencia recaída en el caso del Consorcio Requena presenta serias dolencias de congruencia, así por ejemplo, en el fundamento 36 el Tribunal Constitucional señala que la actuación de la Administración Pública “debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. [...] [D]ebe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes [...] así como de los principios constitucionales que lo conforman [...]”. Bajo tal argumento tomamos parte en la crítica de Del Águila cuando menciona que: “de un lado el Tribunal Constitucional les recuerda a los órganos administrativos que deben resolver con estricto apego a las reglas constitucionales, pero de otro lado les retira la base jurisprudencial que les permitía inaplicar normas que [probablemente] colisiona[rían] con la Constitución (con lo cual los conduce a la difícil situación de tener que decidir por la aplicación de una norma inconstitucional [...])” (2014: párrafo 7).

Tal crítica supone el hecho mediante el cual no permitir o no reconocer la potestad de control difuso administrativo por parte de la Administración (Tribunales y órganos colegiados) implicaría que ante la supuesta evidencia de un norma inconstitucional no cabría más remedio que aplicar dicha norma pues así es como manda la ley a las autoridades administrativas, generándose una seria vulneración a los derechos fundamentales de los ciudadanos.



El hecho de no poder contar con la potestad de inaplicar normas legales que contraríen la Constitución Política, sugiere pensar también que ante tal situación sólo queda resolver de forma contraria a todos los valores y mandatos que constitucionalmente se intentan proteger. Al respecto, cabría preguntarse si la autoridad administrativa se encuentra entonces atada de manos y pies por lo que la ley dice, esté o no conforme a la Constitución Política; o siendo más frontales: “¿Quiere decir que está obligado por la Ley a cometer una ilegalidad? ¿Significa entonces que la Constitución lo obliga a actuar inconstitucionalmente?” (Bullard 2005: 81).

La respuesta salta a la vista. No puede justificarse “legalmente” una violación a los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, conviene tal vez adelantar uno de los pilares establecidos internacionalmente para la protección de derechos humanos según el cual no se puede justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por un Estado (v.gr. tratados internacionales en materia de derechos humanos) por disposiciones de derecho interno. Sin embargo, y retomando el análisis correspondiente, la anulación jurisprudencial del control difuso realizada por el Tribunal Constitucional no previó todo lo antes señalado, siendo la única salvedad en dicho caso la opinión del magistrado Urviola Hani en su voto singular.

Probablemente la salida al debate del control difuso administrativo era solo cuestión de ajuste y acabado, como cotidianamente suele decirse. Así también lo consideró Urviola Hani cuando resolvía que “no cabía dejar sin efecto dicho precedente vinculante”, básicamente sus argumentos se centraban en: i) que el artículo 138° de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial; ii) el control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa; iii) que el TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo; iv) que los fundamentos utilizados para establecer el «control difuso administrativo» son los mismos que se utilizaron para establecer el «control difuso arbitral». Es más, éste se basó en aquél; y, v) que la solución al



problema de elevación en consulta del control difuso no era la eliminación del precedente, sino más bien la mejora en su procedimiento.

Salta a la vista el hecho de que correspondía tal vez otra mirada al problema ubicado por el Tribunal Constitucional, un análisis más coherente con la expansión de protección de los derechos fundamentales, un examen más político-jurídico, una revisión de la utilidad que significaba el control difuso administrativo en términos de mejor funcionamiento en los sistemas de protección de derechos humanos, o incluso, una mirada más práctica de lo que por lógica se deduce: un aumento de carga procesal en procesos contenciosos administrativos “en los cuales se vulnera derechos fundamentales de administrados utilizando una norma manifiestamente inconstitucional, afectando a las personas de menores recursos que en lugar de acudir a los propios tribunales administrativos para obtener justicia, mediante mecanismos más ágiles y económicos, deberán dirigirse al Poder Judicial con los costos y tiempos que ello trae consigo” (Meza 2014: 65).

Finalmente, es necesario reiniciar en lo que tanto el caso Salazar Yarlenque y el del Consorcio Requena significan para comprender la posibilidad y obligatoriedad del control difuso como apertura al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, específicamente, en el relacionado al control de convencionalidad por parte de sus agentes.

1.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU POSTURA ANTE LA “CONVENCIONALIDAD”

Aunque no es muy extensa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del control de convencionalidad, se sabe que dicho control es aceptado y totalmente válido para la resolución de casos concernientes a violación de derechos humanos (o derechos reconocidos y garantizados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), son conocidos por ejemplo los casos recaídos en los expedientes N° 04617-2012-PA/TC, caso Panamericana Televisión S.A. de 2012; N° 00156-2012-PHC/T, caso César Humberto Tineo Cabrera; N° 4587-2004-AA/TC y N° 679-2005-PA/TC, caso Santiago Enrique Martín Rivas;



N.º 5854-2005-PA/TC, caso Pedro Andrés Lizana Apuelles; N.º 01458-2007-PA/TC, caso Sergio Antonio Sánchez Romero; N.º 0275-2005-PHC/TC, caso Aquilino Carlos Portella Núñez; y el expediente N.º 1679-2005-PA/TC, caso Guillermo Luís Ángel Otiniano García, entre otros.

Todos los casos mencionados hacen uso, dentro de su línea argumentativa, de los parámetros de convencionalidad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo la gran mayoría a raíz de las violaciones cometidas por miembros del grupo Colina durante la época de violencia política en el país. Ahora, la mayoría de estas sentencias se dan entre los años 2004 y 2012, periodo en el cual consideramos se tuvo el mayor desarrollo en cuanto a reconocimiento y aplicación de los parámetros internacionales en cuanto a protección de derechos, esto es, la materialización en el ámbito nacional de la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exteriorizándose su eficacia y su plena observancia.

Todo lo anterior conlleva consigo una seria importancia pues, como veremos a continuación, los alcances de la aplicación del control de convencionalidad aquí propuestos tienen un fundamento que sobrepasa los consensos legalistas y literales de la aplicación del Derecho, tornándose en esencial lo relativo a la defensa y protección de los derechos fundamentales, la búsqueda de su mayor ampliación o extensión, la eliminación de las barreras motivadas por la intolerancia o el prejuicio social y la responsabilidad del aparato estatal no solo en cuanto administrador, sino también en cuanto a protector. Por eso la necesidad del análisis de las bases de la protección internacional del “ser humano como fin último” que a continuación desarrollamos, por eso la defensa de la tesis de convencionalidad a todo nivel.



SUB CAPÍTULO II

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

2.1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

2.1.1. Definiciones pertinentes

Resulta fundamental a este punto de la investigación que desarrollemos uno de los pilares -sino el más importante- que sirve de base a la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad, éste reside en la materia que da origen a todas las obligaciones internacionales entre Estados: el Derecho de los Tratados, desarrollado a raíz de la problemática acerca de la obligatoriedad de los mismos. Para tal efecto es necesario abordar el tema desde sus relaciones más directas.

A saber, los tratados internacionales atañen especialmente al Derecho Internacional Público en tanto una de sus principales fuentes, y éstos tienen un origen tan antiguo como el de las primeras civilizaciones (Monroy 2002; Guerrero 2003); sin embargo, a través del tiempo se fueron desarrollando prácticas internacionales en las que se otorgaba validez y obligatoriedad a los pactos o acuerdos asumidos entre Estados, lo cual, llegado el momento tuvo la urgente necesidad de quedar positivizado en instrumentos que regulasen y delimitasen el procedimiento para la dación de los mismos sin espacios para la duda o inobservancia de obligaciones a las que los Estados hubieran podido someterse. El último de estos instrumentos internacionales se gestó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el año 1969.

Un tratado internacional puede definirse como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos de naturaleza jurídica, creando, modificando, o extinguiendo (citado en Monroy 2002: 102, Duran 1982: 73), dichos sujetos de derecho internacional en primera cuenta vendrían a ser los Estados, tal cual comenta Novak al mencionar que: “[...] el Estado sigue siendo, desde su aparición en Europa



Occidental entre los siglos XIV y XV, el principal actor de Derecho Internacional. Su personalidad jurídica internacional no le viene dada de ningún otro sujeto de Derecho Internacional sino que posee una personalidad originaria (primaria)” (Novak 2005: 30). Bajo tal lógica, podemos decir que “un tratado internacional es todo acuerdo **concluido** entre dos o más sujetos de Derecho Internacional [...] llamado a crear reglas jurídicas obligatorias para ellos- normas jurídicas internacionales” (Arias 1988: 92), en consecuencia, un tratado internacional no hace más que plasmar la voluntad estatal frente a determinados intereses.

Por tal motivo, el artículo 2.1., literal a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que: “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, siendo lo preponderante la voluntad de los Estados y que ésta conste por escrito.

Acerca de los tratados internacionales, Solari señala que éstos “en sí no [son] más que un Convenio entre Estados u organizaciones internacionales que expresa[n] fundamentalmente el Pacto [*sic*] Sunt Servanda, que no es otra cosa que la obligación de cumplir un compromiso” (1983: 23). Así como en el derecho local y en el ámbito privado un acuerdo celebrado entre dos o más partes se reviste de vinculatoriedad y obligatoriedad en tanto son dichas partes las que estipulan sus compromisos, del mismo modo ocurre en el ámbito internacional. Cabe recalcar que: “[e]n nuestros días el tratado [tratados internacionales] ha logrado importante jerarquía y es uno de los medios notables de expresión de la voluntad de propósitos y fines de los Estados en acciones de entedimiento; como normas que establecen formas de comportamiento en los derechos y obligaciones que los Estados se proponen regular en sus relaciones” (Duran 1982: 72), en consecuencia, no solamente importa la rigidez del pacto, tratado o convenio, sino también el alcance que pueda otorgarse en tanto a derechos y obligaciones, tal cual sucede en las obligaciones asumidas dentro de la CADH.

En resumida cuenta, podemos indicar que la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados internacionales se centra en el “respeto” de haber llegado a un acuerdo entre sujetos



de derecho (Estados principalmente) para encaminar el actuar entre ellos sea en aspectos generales como también particulares. Para finalizar es necesario definir la postura a la que esta investigación se acoge, tomando como base todo lo anteriormente señalado y concluyendo que -en esencia- los acuerdos adoptados entre Estados tienen obligatoriedad en tanto “compromiso” y en tanto exteriorización de su “soberanía”, lo cual importa un total reconocimiento a todos aquellos tratados suscritos y ratificados por el Perú, más aún si éstos versan sobre derechos humanos como sucede en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.2. Características fundamentales

Lo más notorio en lo referido a los tratados internacionales es que éstos poseen peculiaridades que los diferencian de cualquier otro tipo de acuerdo o manifestación de voluntad; aunque desde cierto punto de vista también es cierto que: “[t]odo tratado [es] semejante en generalidades al contrato de privado de derecho común” (Duran 1982: 75), lo cual facilita de mejor manera su comprensión. En ese entender por ejemplo, dentro del marco de la Convención de Viena, todos los tratados internacionales tienen una preponderancia a ser escritos, y por lo tanto, los acuerdos verbales quedarían excluidos al alcance de dicha Convención, asimismo, las denominaciones que se le pueda dar a un tratado internacional no desnaturalizan sus efectos; por otro lado, los tratados internacionales -a diferencia de cualquier acuerdo civil- se rigen por el derecho internacional por lo que quedan excluidas las normas de carácter interno; por último, los tratados internacionales pueden darse tanto en el marco de la Convención de Viena (únicamente entre Estados) como fuera de ésta, sin embargo puede servir de directriz con carácter vinculante en tanto costumbre internacional (Monroy 2002: 102).

Ahora bien, una de los principales características de los tratados internacionales reside en su objetivización, esto es, si se encuentra o no positivizado, o siendo más claros, si está o no escrito. Dentro del derecho internacional público se sabe que la “redacción” de los tratados de carácter general o universal es de suma importancia, y en ese sentido fue recogido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo segundo



señalando que: “[...] se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado **por escrito** entre Estados” [el descatalogado es nuestro], por lo que todos aquellos acuerdos entre Estados que tengan un carácter escrito estarán comprendidos dentro de la Convención de Viena, mientras que todos aquellos que tengan naturaleza verbal u oral tendrán que regirse por la costumbre internacional según el Derecho Internacional vigente (Duran 1982: 74).

En ese punto, si bien es cierto que los tratados internacionales orales no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Viena eso no significa que sus efectos se vean disminuídos, tal cual se señala en su artículo tercero; más aún cuando la práctica o costumbre internacional (positivizada además) también reconoce su validez.

Lejos de lo antes señalado, la tendencia en la actualidad es la de realizar siempre los tratados internacionales de manera escrita, convirtiéndose de alguna manera ya en una costumbre de carácter internacional que -como sabemos- deviene en una de las principales fuentes del derecho internacional. Tanta fue la preponderancia por la positivización de los tratados que dicha forma “escrita” ya había sido reafirmada en la Convención de la Habana de 1928 (Duran 1982: 75), esto es, cuarenta y un años antes de la vigencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Consideramos que la forma escrita de los tratados internacionales se da en función a la importancia que éstos revisten puesto que son intereses estatales los que se encuentran en juego, y en tal sentido su “[...] redacción es exacta [...] y solo vinculan en principio a los Estados firmantes o a los que luego se adhieran a ellas” (Truyol y Serra 1977: 99). Una de las garantías que brinda la redacción de tratados internacionales es que así se facilita a la interpretación de los mismos, sea en uno u otro idioma.

Acotando al tema del idioma en el que debe redactarse un tratado internacional, Duran señala que: “[c]uando el tratado es suscrito por varios Estados y es de suma importancia, se usa los cinco idiomas principales: castellano, inglés, ruso, chino y francés [...]” (1982: 76). Ahora bien, en caso de interpretación del tratado, la Convención de Viena en su artículo 33 numeral 1 señala que: “[c]uando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el



texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2.1.3. Principios aplicables

Llegamos ahora al pilar de orientación y base de los acuerdos internacionales interestatales, donde evidentemente resalta el *pacta sunt servanda* que desde tiempos antiguos ha gozado de un respaldo consciente y deliberado en tanto acto solemne, y tal respeto se ha mantenido en la actualidad con singular dedicación en la celebración de los tratados internacionales (Duran 1982: 79). Tanto es así que según Duran:

En nuestra época casi todos los países del mundo proclaman la correcta observancia de los tratados a la luz del *pacta sunt servanda*. En otras palabras, la fuerza obligatoria de los tratados emana de ese principio, motivo por el que los Estados conceden especial solemnidad al acto de la suscripción del tratado y la posterior trascendencia de su ratificación (1982: 79).

Para Novak los principios tienen un carácter universal y categórico ya que estos poseen un razonamiento lógico similar al de los juicios categóricos universales, siendo un ejemplo por excelencia el principio *pacta sunt servanda* (1997: 124), dicho principio es bastante relacionado por los autores con el de “buena fe” puesto que así lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena: “Todo tratado en vigor **obliga a las partes y debe ser cumplido** por ellas de buena fe” [el destacado es nuestro]. Según Monroy: “[e]l principio *pacta sunt servanda* es una regla fundamental del derecho internacional, reconocida en las Cartas de la ONU, de la OEA, y en numerosos instrumentos internacionales, así como por la doctrina y la jurisprudencia internacionales” (2002: 114). Desde cierto punto de vista puede entenderse que existe una profunda interconexión entre lo que se promete dentro de un tratado y lo que a futuro será la vinculatoriedad entre las partes concertantes, la buena fe es clara encaminadora para tal fin, y es sabiendo dicha importancia que fue plasmada en el texto de la Convención de Viena.

Ahora, y respecto a la problemática que nos atañe, tener presente la idea de la vinculatoriedad de *lo pactado* no es un tema que pueda desligarse del obrar correcto de los Estados, esto es, que no es posible desconocer aquello a lo que uno se ha obligado más aún



cuando de protección de derechos fundamentales se trata. En ese entender, las relaciones interestatales se guían en función de las estipulaciones contenidas en los tratados tal cual puede verse en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicha convención genera para sus partes concertantes la obligatoriedad de *lo pactado*, la observancia de todos los compromisos, y consecuentemente, las responsabilidades por su incumplimiento.

El principio *pacta sunt servanda* “es una norma consuetudinaria de Derecho Internacional general; es precepto constitucional de rango superior, que establece un procedimiento especial para la creación de normas de Derecho Internacional, a saber, el procedimiento de los tratados” (Kunz 1945: 9), así, es preponderante incidir en lo ya acotado en el párrafo anterior, las estipulaciones en los tratados poseen un fundamento jurídico de obligatoriedad, no necesariamente en el acto de manifestación de voluntad de los Estados, si no específicamente en el principio del “*pacta sunt servanda*”, mediante el cual dicha manifestación de voluntades crea a través de los tratados normas válidas y de cumplimiento obligatorio para los Estados concertantes (Kunz 1945: 9).

Para Kelsen, los tratados internacionales se revisten de total importancia pues señalaba que:

Tales son las normas del Derecho internacional general, en cuanto obliga y faculta a todos los Estados. [Donde] [e]s de especial significación entre ella, la norma que de ordinario se señala con la fórmula “*pacta sunt servanda*”. Ésta autoriza a los sujetos de la comunidad jurídica internacional a regular por medio de tratados su conducta, es decir, la conducta de sus órganos y súbditos. El proceso consiste en que, por medio del acuerdo declarado de voluntades de los órganos competentes de dos o más Estados, se producen normas por las que son obligados y facultados los Estados que concluyen el pacto (1987: 170).

El *pacta sunt servanda* tiene una aplicación directa, casi literal de las cláusulas del tratado, aunque en la mayoría de los casos no se haga una mención visible de dicho principio se da por sobreentendido la existencia de éste en la celebración del tratado. Ahora bien, veremos más adelante que dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los



Tratados se ha establecido algunos apartados en los que se refuerza la idea de la buena fe y el *pacta sunt servanda* como mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado. En este principio recae la fuerza vinculante de la aplicación de institutos como el del control de convencionalidad y la observancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2. EL DERECHO DE LOS TRATADOS

2.2.1. Cuestiones históricas

El Derecho de los Tratados como tal surge -intrínsecamente- con la celebración de los primeros tratados que se conocen desde las antiguas culturas y civilizaciones, aunque todavía no se entendía con el sentido en el que hoy en día se conoce, estos tratados antiguos significaban entre sus concertantes una total preocupación y respeto. Por tal motivo, como ya hemos venido estudiando, los tratados internacionales -y todo lo que éstos contienen y despliegan- son el principal motor de las relaciones interestatales en cuanto a obligatoriedad y cumplimiento de los mismos.

La historia difiere en cuanto al descubrimiento de los primeros tratados que pudieron darse en la antigüedad, para algunos autores uno de los primeros tratados que se celebraron fue entre el Rey de Accad, Naram-Sin, y los sátrapas de Elam allá por el S. III a. n. e.; otros autores consideran que la práctica de celebrar los tratados se remonta incluso a los 4,000 años a. n. e., siendo el tratado más antiguo el celebrado entre el reino de Lagash en Mesopotamia con el reino de Umarsh sobre ciertos problemas limítrofes; también consideran el tratado que se celebró entre el Imperio de los Hititas con Egipto en el año 1272 a. n. e. (Duran 1982: 71; García y Franciskovic 2002: 35; Rojas 2014: 15). Lo que resulta claro es que desde la aparición de las primeras culturas la necesidad de “convenir” con sus pares fue de seria importancia, sea en aspectos limítrofes, de beligerancia o de paz.

Pasada la época antigua existió una serie de acontecimientos que impulsaron a la celebración de tratados con cierto carácter de generalidad por lo esencial de su contenido, en la mayoría de los casos, dichos tratados se dieron como respuesta a los continuos conflictos



que existían entre uno u otro gobierno. Así por ejemplo, la Paz de Westfalia (Tratados Münster y Osnabruck en 1648), el Congreso de Viena de 1815 (a raíz de la Guerras Napoleónicas), el Tratado de Paz de París de 1856; de manera categórica conocemos el Tratado de Versalles de 1919 (a raíz de la Primera Guerra Mundial) con la que se crea la Sociedad de las Naciones, la primera organización internacional de envergadura; ya en el S. XX es donde surgen las organizaciones internacionales de mayor importancia, O.N.U. con la Carta de las Naciones Unidas la cual exhorta al desarrollo del derecho internacional y su codificación, impulsando de manera agigantada el desarrollo de lo que hoy conocemos como el Derecho de los Tratados (Rojas 2014).

En la actualidad, al igual que en los tiempos antiguos, la necesidad de los tratados internacionales sigue siendo la misma, la temática ha cambiado, los contextos han cambiado, pero la idea de establecer conductas, la idea de poner las reglas de juego, sigue siendo la misma, tal cual lo era en el pasado.

2.2.2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Como vimos con antelación, el desarrollo histórico produjo cambios en el común interactuar entre Estados, siendo lo primordial dejar por escrito las reglas bajo las cuales debían mantener sus relaciones. Así, uno de los instrumentos más importantes para entender a cabalidad la obligatoriedad que generan los tratados internacionales es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para una mejor comprensión de su importancia haremos un breve recordatorio de los hechos que marcaron su celebración. Habíamos señalado que la Carta de las Naciones Unidas exhortaba a la codificación progresiva del Derecho Internacional, exactamente señalaba en su artículo 13, literal a) que: “[1]a Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a) Fomentar la cooperación internacional en el campo político e **impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación**” [el destacado es nuestro]. Ahora bien, es producto a dicha disposición que se conforma la llamada Comisión de Derecho Internacional que:



[...] desde que el año 1949, en que fue creada, se dedicó a elaborar un texto legal que contuviera las reglas que normen la concertación y aplicación de los tratados. Quince años duró la tarea preparatoria pero, finalmente presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas un proyecto de convención. La Asamblea General mediante las Resoluciones 2160 (XXI) y 2287 (XXII) del 5-12-66 y 6-12-67, convocó una Conferencia Internacional para que se discutiera y aprobara la Convención sobre Derecho de los Tratados (García y Franciskovic 2002: 36).

Dicha Conferencia Internacional se desarrolló en dos periodos entre los años 1968 y 1969, el primer periodo se celebró en Viena desde el 26 de marzo hasta el 24 de mayo de 1968 con la participación de 103 países, observadores y otras organizaciones internacionales especializadas; el segundo periodo se llevó a cabo también en Viena y fue realizada del 09 de abril al 22 de mayo de 1969 esta vez con la participación de 110 países. Básicamente, en ambos periodos se realizó el examen del proyecto de los artículos por parte de un Comité Plenario y un Comité de Redacción. La Conferencia Internacional aprobó el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un 22 de mayo de 1969 (Rojas 2014).

Ahora bien, lo importante de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -en adelante CVDT- es que conglomerada de manera escrita las prácticas ya normalizadas en el derecho internacional, específicamente en las relaciones interestatales. Señala Rojas que: “[l]a CVDT codifica las reglas sobre las relaciones convencionales entre los Estados. Este marco incluye las normas relativas a la celebración y entrada en vigor de los tratados, su observancia, aplicación, interpretación, modificación y normas relativas a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados” (2014: 20).

Ahora, como principal sustento de nuestra tesis, del texto de la CVDT nos interesa específicamente el artículo 26 referido al *pacta sunt servanda* cuando señala que: “[...] [t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Párrafos supra habíamos abordado esta idea, concluyendo en la importancia de dicho principio y en cómo era necesario tenerlo presente en la redacción de la CVDT.



Seguidamente encontramos el artículo 27 referido al derecho interno y la observancia de los tratados, en el que se señala que: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Esta disposición resulta ser importantísima pues de ésta se despliega la idea de un cumplimiento **efectivo** de los compromisos internacionales asumidos por un Estado.

Haciendo una interpretación de este artículo con el contenido de la CADH, podemos afirmar a cabalidad que tanto las disposiciones en materia de derechos humanos como lo referido a los tribunales internacionales (CIDH) y sus decisiones terminan siendo de observancia en tanto así ha sido pactado por el Estado peruano. No pueden escudarse violaciones de derechos fundamentales porque la norma nacional de un Estado así lo permite.

2.3. EL PERÚ Y LA CONVENCIÓN DE VIENA

El Estado peruano suscribió la CVDT el 23 de mayo de 1969, y la ratificó mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE el 14 de setiembre del año 2000, publicándola el 21 de setiembre en el diario oficial El Peruano, teniendo en aquella oportunidad como presidente de la república a Alberto Fujimori Fujimori y como ministro de justicia y encargado de la cartera de relaciones exteriores a Alberto Bustamante Belaunde.

Cabe mencionar que la suscripción peruana de la CVDT se dio bajo el llamado gobierno militar de Juan Francisco Velasco Alvarado quien fuera el presidente del gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas; contando además, como ministro de relaciones exteriores al militar Luís Edgardo Mercado Jarrín.

SUB CAPÍTULO III

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.1. LA CADH

4.1.1. El contexto histórico

La CADH surge a consecuencia de la necesidad de garantizar y proteger los derechos humanos desde una mirada y perspectiva de la realidad *latinoamericana*; como ya habíamos visto, con la celebración de tratados internacionales en materia de derechos humanos y la creación de organismos internacionales y entidades judiciales internacionales, se dio inicio a la creación del llamado “sistema de protección internacional de los derechos humanos” el cual conglomeró una serie de documentos normativos en pro de la salvaguarda y protección de los derechos humanos a nivel mundial; sin embargo, como se estableció en el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas cuando se señaló que: “[t]odos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55”, se tuvo muy en cuenta revestir la ya consolidada protección de los derechos humanos con nuevos mecanismos que otorguen una mayor seguridad y una mejor protección al respeto de la dignidad humana.

Según Steiner y Uribe, “[...] la CADH representa la culminación de un proceso en el continente americano que inició al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención” (2014: 6). Así, se intentaba materializar los compromisos estipulados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, pues recordemos que dentro del Preámbulo los Estados Americanos encontrábase: “[s]eguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de **consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y**



de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” [el destacado es nuestro]. Notemos también que, tal cual se celebró la Carta de las Naciones Unidas, a nivel latinoamericano se celebró también la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

4.1.2. La CADH y los derechos humanos

La CADH es el principal instrumento internacional de protección de los derechos fundamentales de la persona a nivel de la región latinoamericana, dicha convención fue producto de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos -en adelante la Conferencia- la cual se realizó en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre del año 1969 tal cual como dispuso el Consejo de la Organización de los Estados Americanos.

El principal objetivo de la Conferencia se centraba en poner a debate el proyecto existente hasta el momento sobre protección de derechos humanos, éste se encontraba estipulado en el artículo 2 del Reglamento de la Conferencia señalando exactamente que: “[l]a Conferencia se reúne para considerar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, conjuntamente con las observaciones y enmiendas de los gobiernos, y para decidir sobre la aprobación y firma de una Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos”. Ahora bien, durante el transcurso de análisis y debate de lo que sería la versión oficial de la CADH hubo participación de algunas delegaciones que propusieron sus observaciones como sucedió en el caso de la delegación de Uruguay, la que -según las actas y documentos de la Conferencia- recalcó en modificar la redacción del apartado concerniente a la aplicación de la pena de muerte, siendo su aporte el que a la fecha se consigna dentro de la CADH.

Del mismo modo se presentaron observaciones por las delegaciones de Chile, con observaciones puntuales principalmente acerca de la técnica jurídica de redacción y sobre los primeros artículos de la CADH, específicamente el segundo que:

“[...] fue un[o] de los que más controversias provocó, por la relación que existiría entre ésta y las del artículo anterior. Así surgieron dos posturas opuestas, encarnadas principalmente



por uno de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por un lado, y por el representante de la República de Chile, por el otro. El primero sostenía que su adopción podía llevar a que se interpretara que los Estados no estarían obligados a respetar y garantizar los derechos humanos que se consagran, a menos que se dictaran leyes especiales. El delegado chileno, sostenía en cambio, que el fin de esta norma era crear una obligación clara para que los Estados partes dictaran normas legales cuando ello fuera necesario debido a la falta de especificidad de las disposiciones de la Convención” (citado en Alonso 2013: 20-21).

Por otro lado, la delegación argentina se mostró con una clara disconformidad acerca de las competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerándolas relativamente excesivas en cuanto a los plazos otorgables a los Estados; la delegación de República Dominicana que proponía la creación de un Fondo Público para el tema de las indemnizaciones por error judicial; los Estados Unidos de Norteamérica presentaron también observaciones en cuanto a la estructura temática del Proyecto de Convención. Dentro de las observaciones más estrictas y frontales se encuentran las realizadas por el Gobierno de México, el cual sostenía la imposibilidad de contar con una Corte Internacional y que debía ser en función a la eficiencia de la Comisión Interamericana en materia de protección de derechos humanos que “progresivamente” debía analizarse la opción de llegar a contar con una Corte Internacional (o Corte Interamericana como hoy se conoce).

Lejos de los debates realizados y las posturas de cada una de las delegaciones, lo importante fue que se llegó al consenso mayoritario, aunque en el caso de la delegación peruana no haya habido mucha participación de nuestro representante el Sr. Víctor Fernández Dávila alegando que -según las actas de la OEA- no había recibido instrucción por parte de su país para definir postura, motivo por el cual se desprende que en la mayoría de las votaciones el voto peruano haya sido predominantemente de “abstención”.

Ahora bien, y ya en el plano del texto final de la CADH, sabemos que ésta recoge los derechos humanos fundamentales para la existencia del hombre como tal y como parte de la sociedad, prueba de esto es el Preámbulo redactado por los Estados Americanos con motivo de su celebración, recordando que dicha convención se realizó “[r]eafirmando [el] propósito



de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, sumado a esto, sabemos también que existe todo un cuerpo amplio de derechos reconocidos por los Estados celebrantes y que además se tienen pautas de carácter general y vinculante tal cual veremos analizando a lo largo de la presente.

Recordemos que anteriormente realizamos un análisis que nos demostró la importancia de los fundamentos de los tratados internacionales, su relación en tanto fuente del Derecho Internacional y la posterior codificación y salto al Derecho de los Tratados actual; por lo que una vez llegado el momento de analizar los puntos centrales de la CADH para efectos de nuestra investigación, será necesario hacer una introspección e interrelación crítica-comparativa para lograr arribar a la tesis final que -de manera clara y seria- enerva los alcances de la aplicación del control de convencionalidad. En ese entender, tomo las palabras de Turyn cuando señala que: “[...] al analizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se tendrá que echar mano a este otro Tratado internacional [la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados], ya que aun, subsidiariamente, muchas serán las situaciones en las que su aplicación será determinante” (Alonso 2013: pág. 2), y es en ese sentido como deberá entenderse en adelante.

Uno de los principales aspectos vinculantes de la CADH se encuentra en sus dos primeros artículos, denominados con justa razón: i) obligación de respetar los derechos y, ii) deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Para efectos didácticos será meritoria una reproducción literal de los mismos. Veamos bien, el artículo primero señala lo siguiente: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social [...]”. Aquí lo importante reside en el hecho del compromiso por parte de los Estados al respeto de los derechos y libertades reconocidos sin ningún tipo de discriminación, lo que en buena cuenta quiere decir que: “[...] [a] aprobar



estos tratados sobre derechos humanos [CADH], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (citado en Alonso 2013: 9).

Lo concerniente al artículo segundo de la CADH resulta ser una suerte de continuación a la plena protección de los derechos, y de este modo no dejar al aire ningún tipo de vacío legal o ausencia normativa con la que pudiera aperturarse violaciones a los derechos humanos; en tal sentido dicho artículo señala que: “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En tal sentido si las disposiciones normativas de derecho interno de un Estado no existen o no garantizan la adecuada protección de los derechos reconocidos en la CADH, dicho Estado se encuentra en el deber de crear o corregir tales normas; lo cual incluso se extiende al hecho de eliminar las prácticas o derogar leyes si fuese el caso, que vayan en contra de la efectiva protección de los derechos humanos (Pinto 1997: 49-50).

A saber, y a modo de dar el realce debido a dichos artículos, señalaba el Juez Cançado en su voto concurrente del caso Palamara Iribarne Vs. Chile, que:

[...] no se viola la Convención Americana solamente y en la medida en que se violó un derecho específico por ella protegido, sino también cuando se deja de cumplir uno de los deberes generales (artículos 1(1) y 2) en [e]lla estipulados. Así, el deber general del artículo 1(1) de la Convención - de respetar y hacer respetar, sin discriminación alguna, los derechos por ella protegidos - es mucho más que un simple "accesorio" de las disposiciones atinentes a los derechos convencionalmente consagrados, tomados uno a uno, individualmente; es un deber general que se impone a los Estados Partes y que abarca el conjunto de los derechos protegidos por la Convención (2005: fundamento 3).

Como él mismo señala, dicho razonamiento de amplitud del artículo primero de la CADH ha sido el adoptado por el pleno de CIDH -en adelante también como la Corte- desde



la sentencia recaída en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (Sentencia del 12.11.1997) en la que la Corte hace concordancia de todos los derechos vulnerados con el artículo 1.1 y 2 en su parte resolutive.

Años antes la Corte había establecido en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Sentencia del 29.07.1988) que “[e]ste artículo [art. 1] contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención” (1988: fundamento 162).

Ahora bien, acotando a la estrecha interconexión entre uno y otro artículo, se sabe que el primer artículo “[...] es una cláusula usual en varios tratados sobre derechos humanos que, juntamente con el deber estipulado para los Estados en el artículo 2° de la Convención, configura la clásica tríada de obligaciones para con los individuos [...], esto es: a) respetar los derechos protegidos; b) garantizar el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos protegidos a las personas sujetas a su jurisdicción; y c) adoptar medidas internas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos” (citado en Alonso 2013: 10).

Es notoria la magnitud de alcance de ambas disposiciones de la CADH, lo cual es óptimo para la protección de los derechos humanos. Veremos más adelante, que dicha protección no termina allí puesto que otro de los aspectos importantes de dicha convención es la creación de organismos encargados del cumplimiento y el respeto de todas sus disposiciones.

4.2. LA CIDH

4.2.1. Historia: La necesidad de protección de los derechos humanos

Hablar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos necesariamente es tomar en cuenta todo lo antes señalado acerca de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. El salto de muchos Estados americanos hacia la democracia y el respeto por los derechos humanos ha sido siempre uno de los objetivos más urgentes y desafiantes del



contexto regional. Actualmente podemos ver aún la insuficiencia de los llamados Estados democráticos, tomando las palabras del profesor Remotti podríamos incluso decir que:

[...] tales Estados, por lo general han potenciado, con mayor o menor éxito, la vertiente formal de la democracia, conformándose en gran medida con la existencia, desarrollo y limpieza de los procesos electorales y de producción normativas, pero no han tenido el mismo impulso, respecto de la otra cara de la moneda o vertiente material de la democracia, referida a los contenidos democráticos y en especial el respeto y garantía de los Derechos Humanos (2004: 18).

La fragilidad gubernamental, los golpes de Estado, los pésimos gobiernos militares y la impunidad frente a los abusos cometidos en el contexto regional americano fueron siempre el temor de la comunidad internacional, lo que en buena cuenta motivó a la tarea de prevenir la vulneración de derechos y encaminar los mecanismos que ayuden a no volver a cometer los errores que antaño generaron desconfianza e injusticia. No sin razón -y con relación al duro proceso que costó recorrer en torno a la protección de derechos humanos- el ex-presidente de la CIDH, Sergio García Ramírez, señalaba que: “[era] preciso que [se] ponga en movimiento todos **los recursos políticos, jurídicos y humanos** a su alcance, en un vasto desempeño ético que nos aproxime, cada vez más, al mundo en el que los seres humanos se hallen ‘liberados del temor y la miseria’” [el destacado es nuestro] (CIDH: 2005: iv). Recursos políticos que se materializaron en la consciente necesidad de poner un alto a la vulneración de derechos, seguido de la adopción de dispositivos normativos de carácter interestatal impulsado por la voluntad del *recurso humano* de manera constante. Como resultado tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus órganos protectores.

De manera resumida podemos decir que la CIDH no fue más que un producto o respuesta “inevitable” a la constante práctica americana saturada de arbitrariedades e impunidad.

4.2.2. La instauración de la CIDH

La CADH es el principal instrumento de protección internacional de los derechos humanos a nivel de la región, que desde su firma en 1969 ha procurado mejores y eficaces garantías para la no vulneración de los derechos allí estipulados, prueba de tales intenciones es que dentro de sus artículos se haya dedicado en dar énfasis en la creación de una Corte que pudiera tener plena potestad para conocer y resolver de los casos violatorios de los derechos protegidos.

El capítulo 7 de la CADH nos habla acerca de la creación de la CIDH, su estructura, competencias y funciones, siendo específicamente el artículo 62 numeral 3 que otorga dicha facultad de control de las disposiciones convencionales, señalando que: “[1]a Corte tiene competencia para **conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención** que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial” [el destacado es nuestro]. Dicha disposición está sujeta al reconocimiento de la competencia contenciosa de la CIDH, que en el caso peruano fue realizada por la Asamblea Constituyente de 1978-1979 y reiterando su ratificación en 1981, año en el que entra en vigencia en nuestro país (Remotti 2004; García 2013: 227).

La importancia de la creación de la CIDH reside esencialmente en su función protectora, señala Fix-Zamudio que: “[1]a Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos [...]” (Fix-Zamudio 2004: 151), y como antes de toda culminación existe un recorrido previo, ésta tuvo que pasar por uno extenso y difícil, si no recordemos las palabras que Rodolfo Piza Escalante, primer presidente de la CIDH, señalaba en su discurso con motivo de su instalación en San José, donde recalca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que acababa de instalarse, constituía en primer lugar la culminación histórica de toda una etapa en la larga lucha de la comunidad americana por los derechos y libertades

fundamentales del hombre, lucha que, como era claro, recogía a su vez la de la humanidad entera (CIDH 2005: 424).

Resulta pertinente recordar que “la Convención Americana no se limitó a reconocer derechos, garantías y obligaciones para los Estados sino que, siguiendo el modelo adoptado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, instituyó en el marco de la Organización de Estados Americanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de naturaleza jurisdiccional [...]” (Remotti 2004: 19). Así, y con la participación de los Estados en la CADH, se logró la instauración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sometiéndose en la mayoría de los casos a su competencia contenciosa.

Finalmente, y en resumida cuenta, es innegable que la labor de la CIDH ha trascendido y trasciende aún las fronteras estatales debido a su objeto de protección, por lo que será necesario realizar un desarrollo y análisis de sus funciones y competencias.

4.2.3. Las funciones de la CIDH

Propongamos antes algunas definiciones que nos ayudarán a entender de manera sencilla las funciones de la Corte Interamericana. De primer plano “[I]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo establece en su jurisprudencia, tiene una naturaleza jurisdiccional específica dirigida a interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Interamericana [*sic*] de Derechos Humanos” (Remotti 2004: 36), lo que en buena cuenta le da la potestad de decidir si se vulneraron o no los derechos reconocidos en dicha convención. Ahora bien, esta naturaleza jurisdiccional está referida a que “[I]a Corte examina los casos de violaciones de los Estados, que son llevadas por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca por los particulares directamente” (Landa 2002: 335).

En tal sentido se redactó el artículo 62 numeral 3, de la CADH, donde se estipula que “[I]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.



Así, queda clara la idea de jurisdiccionalidad de la CIDH; sin embargo un aspecto a resaltar es el referido a si dicha jurisdicción tiene o no una naturaleza penal.

Respecto a la potestad sancionadora de la CIDH, coincidimos con Remotti cuando afirma que:

La Corte no es un tribunal de naturaleza penal y por tanto no tiene como función el buscar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos, sino que su objetivo es el de amparar a la víctimas, analizar la responsabilidad del Estado y disponer la reparación de los daños producidos. Ante ello no resulta relevante la intención del autor de la violación. Es más, ni siquiera es relevante la intención de identificación del autor. Lo importante para la Corte es determinar si la violación se produjo con apoyo o tolerancia de los órganos del Estado o si éstos no han adoptado las medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones. En este sentido, la Corte determinará si la violación de los derechos de una persona es producto de la inobservancia por parte del Estado de las obligaciones previstas en la Convención Americana de [sic] Derechos Humanos (2004: 36).

Sin embargo habría que realizar alguna precisión en el sentido de que si bien es cierto que la CIDH procura la no vulneración de los derechos humanos y de ser así su reparación, también es cierto que cuando obliga a los Estados en adoptar medidas de prevención, investigación y reparación, lo hace también en lo referido a la sanción; esto es que aunque la Corte Interamericana no sancione directamente al infractor mediato, sí lo sanciona indirectamente cuando obliga a los Estados a realizar todas las investigaciones en afán de sancionar por las responsabilidades individuales; para ser más claros y a manera de ejemplo, imaginemos que la Corte conoce una denuncia por no haberse respetado el derecho de ser escuchado por un juez o tribunal competente, digamos, por no haber sido aceptada la denuncia en el Poder Judicial peruano; seguidamente del procedimiento necesario la Corte determina que efectivamente se vulneró el derecho al recurrente, sancionando al Estado peruano a adoptar las medidas necesarias para evitar posteriores vulneraciones similares y disponiendo la reparación pertinente a la víctima; como vemos en este caso, la Corte no sancionó al Juez o funcionario que no tuvo la voluntad de recibir la denuncia sino que declaró la responsabilidad internacional del Estado. Lo que sucederá posteriormente es que el Estado



-en concordancia con sus leyes internas- será el encargado de individualizar la responsabilidad inmediata y tomar las acciones correspondientes.

Concluyendo, desde un punto de vista general o en sentido amplio, la CIDH tiene la función de ser un “órgano jurisdiccional de control, garantía, interpretación y aplicación de las disposiciones contempladas en la Convención Interamericana [sic] de Derechos Humanos” (Remotti 2004: 26); y desde un punto de vista específico tiene dos marcadas funciones: la contenciosa y la consultiva. Siendo la primera la que nos interesa para efectos de arribar a la tesis propuesta en nuestra investigación.

4.2.4. La competencia contenciosa de la CIDH y el Perú

El debate acerca de la competencia contenciosa de la CIDH es uno de los más cuestionados por una minoría de autores que preponderan un incorrecto razonamiento de “soberanía” y su consecuente pérdida cuando un Estado se somete a la competencia contenciosa de la CIDH; sin embargo dicho criterio ha quedado resuelto en vía jurisprudencial por la misma Corte Interamericana, bajo el argumento de que un tratado internacional es también manifestación de la práctica democrática, y como tal es también una expresión de la soberanía estatal pues es ésta la que libremente estipula compromisos internacionales (Remotti 2004; Fuenzalida 2015).

Tal competencia contenciosa tiene su fundamento inicial en el numeral 1 del artículo 62 de la CADH, cuando señala expresamente que “[t]odo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”, por lo que se puede decir que al aceptar la competencia de la Corte Interamericana los Estados se comprometen a determinadas obligaciones: i) respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención; ii) garantizar los derechos y garantías a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción; iii) adecuar el ordenamiento jurídico y la actuación de *todos los poderes públicos* a fin de garantizar de manera efectiva los derechos; iv) tomar medidas de prevención que eviten



violaciones de derechos; v) investigar violaciones de derechos y sancionar a los responsables; vi) reponer -cuando sea preciso- el derecho vulnerado y reparar los daños producidos, así como pagar una indemnización cuando corresponda; vii) participar en los procedimientos iniciados en su contra ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones resultantes; viii) evitar y sancionar la impunidad; ix) responder por la actuación de sus subordinados; x) la responsabilidad del Estado no se limita a la actuación u omisión de sus funcionarios o agentes sino que también puede originarse en la actuación de particulares; xi) la responsabilidad del Estado subsiste con independencia de los cambios de Gobierno o en su actitud o en la normativa; y, xii) son los Estados quienes asumen la responsabilidad por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y no sus entes regionales o federales (Remotti 2004: 36-72).

Ahora bien, el caso peruano de firma y ratificación de la CADH se dio en las fechas de 7 de julio de 1977 y 12 de julio de 1978, presentándose el depósito del instrumento de ratificación un 28 de julio del mismo año. Con relación al reconocimiento de la competencia contenciosa de la CIDH, éste fue realizado el 21 de enero de 1981 presentándose el instrumento correspondiente para tales fines.



SUB CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.1.1. Algunas cuestiones históricas

El control de convencionalidad surge intrínsecamente al momento de la implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la cual se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formando así el Sistema de Protección de Derechos Humanos a nivel latinoamericano.

El control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la CIDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*; aunque ya anteriormente el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos *Myrna Mack* y *Tibi*, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realizaba en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados; sin embargo, es en *Almonacid Arellano* donde se precisa sus principales elementos (CIDH 2015: 4).

De hecho, si bien antes del caso *Almonacid Arellano* no se hacía mención en estricto del concepto “control de convencionalidad”, esto no significa que dicho control no se haya realizado en la CIDH desde el momento que entró en funcionamiento, o como señala Nogueira, desde la emisión de su primera sentencia (2010: 232), ya que si hacemos un análisis de lo estipulado en el art. 62 numeral 3 de la CADH, en el cual se señala que: “[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”, podemos entender que la interpretación y aplicación de las disposiciones en mención no son

más que un control de convencionalidad, aunque dicho concepto haya sido acuñado 47 años después de la implementación de la CIDH (Ferrer 2009; Nogueria 2010; Sagüés 2011).

En esa misma lógica Ferrer señala que: “[I]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeros fallos hace más de dos décadas, realiza implícitamente lo que a partir del 2006 denomina ‘control de convencionalidad’” (2009: 600, tomo II) , sentando así la innegable postura de que siempre hayamos contado con dicho insituto jurídico.

Veamos a continuación, con mayor detenimiento, de qué hablamos cuando hablamos del control de convencionalidad.

4.1.2. Concepto y definiciones pertinentes al Control de Convencionalidad

Como ya hemos señalado anteriormente, el control de convencionalidad surge en el seno de la jurisprudencia de la CIDH como extensión de las potestades inferidas a raíz del texto de la CADH, en la que la protección de los derechos humanos prevalece por encima de los Estados, en ese entender, se ha sentado particulares diferencias y concordancias en cuanto al concepto y definición del control de convencionalidad, teniendo como principal aspecto el plano o contexto en el cual se aplica. Señala García, que el control de convencionalidad puede darse en dos niveles:

- a) Internacional: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos [...], disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la



Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006);

- b) Interno: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales (2013: 224).

El control de convencionalidad a nivel internacional puede ser entendido como de un carácter de singularidad y exclusividad perteneciente a la CIDH, éste es un mecanismo de protección procesal que se ejerce cuando el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas, etc.) es contrario a la CADH, siendo posible que la CIDH emita una sentencia donde se ordene la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas de un Estado, con el objeto de proteger los derechos humanos y de garantizar la supremacía de la CADH (Rey 2009: 768, tomo II).

Del mismo modo, al tratar el tema del control de convencionalidad en sede nacional, Rey señala que “[...] el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un Caso [*sic*] concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana” (2009: 768, tomo II),

De manera sencilla podemos definir al control de convencionalidad como aquella institución jurídica mediante la cual se compatibiliza y armoniza toda práctica y norma jurídica interna de cada país contraria a las disposiciones de la CADH, señala Nogueira que:



La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos, cualquiera de ellos, o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH (2010: 231).

La idea esencial del control de convencionalidad reside en la correlación que debe existir entre todo acto o norma interna con la CADH, siendo totalmente notoria la identificación de una dualidad de espacios o ámbitos en los cuales se puede y “debe aplicar” dicho control: uno internacional y otro nacional. Haciendo mención de un ámbito internacional, Bazán señala que: “[ésta] consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia -v.gr.- la reforma o abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda [...]” (2012: 67). En cuanto al “contexto interno”, como señala el citado autor, ésta se concentra en sede nacional y se encuentra a cargo de los magistrados locales (**incluyendo también a las demás autoridades públicas**) y consiste en la obligación de adecuar las normas jurídicas de derecho interno que se apliquen a determinado caso con la CADH y la jurisprudencia que la CIDH ha emitido en pro de los derechos humanos (2012: 68). Nótese que se hace énfasis en “las demás autoridades públicas” pues como veremos posteriormente así lo ha establecido la CIDH.

4.1.3. Características y singularidades del Control de Convencionalidad

Este apartado tiene la finalidad de consolidar todo lo antes ya señalado acerca del control de convencionalidad, pues en buena cuenta, hablando de sus características o singularidades ayudamos a una mejor comprensión de su definición. Habíamos señalado que este control podía ser visto desde dos perspectivas o desde dos ámbitos: a nivel internacional y a nivel local.



Veamos algunas precisiones acerca del control de convencionalidad realizado en sede internacional, éste es realizado por la CIDH, que como dijimos ha sido realizado desde la emisión de su primera sentencia; ahora bien, es fundamental señalar que dicho control es realizado de manera subsidiaria con relación a las instancias judiciales que cada Estado posee. La subsidiariedad va referida a que específicamente ésta “[...] se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona a la que se han vulnerado sus derechos que concurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculcado” (Nogueira 2010: 232). Así también se desprende del artículo 46, 1.a) cuando señala que “[p]ara que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”, de lo que se desprende el carácter subsidiario de la CIDH y sus revisiones sobre quejas o denuncias en materia de derechos humanos.

Al margen del control de convencionalidad en sede internacional, pues de ésta no existen puntos debatibles o cuestionables de procedencia, debemos centrarnos en el que atañe al control de convencionalidad interno o a nivel local, ya que a partir de éste lograremos analizar los verdaderos alcances que posee en relación a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en nuestro país.

Aquí es donde comienza el aspecto debatible, en sede local; sin embargo, poco a poco iremos construyendo la postura aquí defendida: la obligatoriedad y el alcance del control de convencionalidad no solamente a nivel del Poder Judicial peruano. En consecuencia, recordemos cómo es que debe entenderse la aplicación de dicho control, según Nogueira:

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al art. 2° de la CADH deben adoptar a través «de las medidas ... [sic] de otro carácter» que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado



incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales” (Nogueira 2010: 233).

Así también lo reafirma reiterada jurisprudencia de la CIDH, el juez nacional o local debe tener presente en todo momento las disposiciones contenidas dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en primer lugar, acto seguido -y en atención a la interpretación que de ella ha realizado la CIDH- debe tener en cuenta los parámetros fijados por dicha Corte en cuanto a protección de los derechos humanos, esto es, a fin de cuentas, tomar en cuenta el llamado *corpus iuris* internacional. La labor del juez nacional pasa entonces por un análisis de revisión exhaustiva tanto de lo convencional como de lo constitucional, pues de ambas formas se intenta garantizar la plena protección de los derechos fundamentales.

En ese mismo sentido señala Nogueira que “[e]l control de convencionalidad que debe ser desarrollado por los jueces nacionales implica internalizar en su actividad jurisdiccional que son jueces interamericanos en el plano nacional, debiendo siempre garantizar los atributos de los derechos contenidos en la CADH, impidiendo que éstos sean afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas o actos de agentes del Estado que desconozcan los estándares mínimos determinados convencionalmente” (Nogueira 2012: 60). Aunque dicho control no se encuentre estipulado como tal dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni se haya especificado tampoco la observancia de los criterios jurisprudenciales de la CIDH, lo cierto es que los Estados que la ratificaron asumieron el compromiso de cumplimiento de sus sentencias, por lo que la interpretación que realizó la Corte fue siempre de manera extensiva o de maximización de derechos (Sagües 2011: 384), de modo que la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad por parte del juez nacional o local resulta ser una más de sus expresiones protectoras.

4.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

4.2.1. El caso Almonacid Arellano y otros VS. Chile

Si bien es cierto que el control de convencionalidad se ha aplicado desde la misma creación de la CIDH de forma tácita e inherente, el término hoy conocido se materializó en el pleno de la Corte por los magistrados presentes en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, motivo por el cual es necesario el análisis y comentario de la importancia de su emisión allá por el año 2006.

Para la doctrina más preocupada sobre el tema, es un consenso general el hecho de que Almonacid Arellano haya marcado el inicio del desarrollo jurisprudencial de todo lo que hoy conocemos acerca del control de convencionalidad, aunque ya años atrás el juez interamericano Sergio García Ramírez haya propuesto los esbozos de dicho control. En ese entender, podemos considerar como un logro la aceptación de dicho instituto jurídico como corrector de malas prácticas legislativo-jurisdiccionales y protector del efectivo goce de los derechos humanos en su plenitud.

Señala Sagües que: “[Almonacid] Arellano sienta las líneas fundamentales del control [de convencionalidad] que deben realizar los jueces nacionales definiendo su papel *repressivo* (inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención americana sobre los derechos del hombre y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana)” (2011: 383); muy aparte de la importancia de haberse admitido por todo el pleno de la Corte la idea concreta de control de convencionalidad, Almonacid Arellano es también fundamental como sustento a nuestra postura cuando señaló en su fundamento 123 que:

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. **El**

cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que **todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos** en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana [el destacado es nuestro] (2006: fundamento 123).

Como vemos, el hecho de entender a cabalidad que la responsabilidad internacional surge a raíz del actuar de los funcionarios estatales, es en buena cuenta un orientador hacia la idea de que no solamente son los jueces (Poder Judicial) los llamados a ejercer la observancia de la disposiciones de la CADH, esto es, el control de convencionalidad, sino que también lo son los demás poderes del Estado con sus respectivos agentes.

4.2.3. El caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú y el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México

Bien, tomamos seguidamente el caso recaído en la sentencia de Aguado Alfaro y otros Vs. Perú de fecha 30 de noviembre de 2007, más conocido como el caso Trabajadores Cesados del Congreso. Hacemos estudio aparte para este caso, pues, definitivamente -y aunque posteriormente se emitieron más sentencias complementando lo esgrimido aquí por la CIDH- sirvió de segundo peldaño para afianzar la doctrina del control de convencionalidad, señalándose casi la mayoría de las precisiones que jurisprudencialmente hoy en día se conocen.

Básicamente se reiteró lo antes desarrollado en Almonacid Arellano; sin embargo, se hizo incidencia en el efecto útil de la CADH, así la Corte precisó que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus



respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú 2007: fundamento 128)

Asimismo, se introdujo la obligación de que el control de convencionalidad debe realizarse a pedido parte, pero también de oficio, lo cual significaría una mayor carga para los magistrados (Sagües 2011: 389). Aquí resulta pertinente recordar el reconocimiento al que se comprometen los Estados al ratificar la CADH, más aún aquellos que aceptaron la competencia contenciosa de la CIDH.

Hubieron más casos en los que la Corte sustentó la obligatoriedad del control de convencionalidad como deber de los jueces nacionales, sin embargo, ya por el año 2010 se empezó a dar un enfoque más amplio de dicho control, esto es, no solamente encuadrado o encasillado a la labor del poder judicial (jueces ordinarios) sino también a los demás órganos estatales, sus agentes, o cualquiera con labores jurisdiccionales.

En ese sentido, veremos que en el caso Rosendo Cantú Vs. México, la Corte Interamericana señala que:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces**, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin [el destacado es nuestro] (2010: fundamento 219)

Meses después de la emisión del citado fallo se dicta otro que amplía un poco más el alcance del control de convencionalidad. El caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México -además de reiterar la obligatoriedad para todos los órganos estatales incluidos sus jueces- señala que:



[...] 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia 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 [el destacado es nuestro] (2010: fundamento 225)

Nótese que se extiende el deber de aplicación del control de convencionalidad - además- a todos aquellos órganos vinculados con la administración de justicia “en todos los niveles”, esto es importante pues sirve de sustento a nuestra postura de obligatoriedad a todo nivel.

Por último veremos quizá el caso medular del que nos acogemos para sostener que no solamente el poder judicial es el encargado de realizar el control de convencionalidad sino también los demás poderes legislativo y ejecutivo. El caso *Gelman Vs. Uruguay* expande de manera frontal y sería el verdadero papel proteccionista de los derechos humanos que implica la aplicación del control de convencionalidad:

[...] [E]n casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es **función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial** [el destacado es nuestro] (2011: fundamento 239).

Sobre esta reciente extensión de la aplicación del control de convencionalidad, Nogueira señala incluso que “[l]a obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado-Legislator, por el Estado-Administrador y por el Estado-Juez ya existía previamente al caso «Almonacid Arellano vs. Chile»” (2010: 240). Ahora bien, podemos concluir que los elementos que constituyen el control de convencionalidad son: i) que todos



los órganos del Estado-Parte, incluidos sus jueces, están obligados a velar por el cumplimiento de la CADH; ii) dicho control deben realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales ex officio, destacando el efecto útil proveniente de la CADH; iii) para el control debe tenerse en cuenta no solo la CADH sino también la interpretación que de ella ha realizado la CIDH; iv) el control de convencionalidad es realizado por cada órgano estatal dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales vigentes; v) es necesario que las **interpretaciones judiciales y administrativas** y garantías se apliquen en función a los dispuesto a la CADH; y, vi) el control de convencionalidad no se aplica únicamente para la CADH sino que -en atención al art. 29 de la CADH- para todo el corpus iuris vinculante para los Estados (Nogueira 2010: 240-241).

Como hemos podido observar de todos estos casos resultados por la CIDH, los alcances de la aplicación del control de convencionalidad son bastante amplios debido a su misión protectora en materia de derechos humanos. Para el caso peruano conviene tomar en cuenta todo lo apuntado en el primer capítulo del presente desarrollo teórico, adecuar la normativa actual referida a la posibilidad del control constitucional para los poderes legislativo y ejecutivo (tribunales administrativos) y por ende habilitar claramente lo establecido por la CADH y la CIDH sobre el control de convencionalidad.

4.3. LA OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.4.1. El Poder Judicial

A lo largo del desarrollo de la presente tesis se ha podido apreciar que la obligatoriedad de aplicación del control de convencionalidad para el Poder Judicial, o los jueces nacionales, es completamente evidente. Ha sido tanto doctrinal como jurisprudencial el afianzamiento de tal postura. Aunque existen diversos ordenamientos jurídicos internos en cada país, existe también una tendencia a la similitud en cuanto al deber de los jueces latinoamericanos para aplicar dicho control.

El caso peruano -que ha suscrito y ratificado la CADH y que ha reconocido también la competencia contenciosa de la CIDH- es uno de los que otorga un nivel constitucional a



los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo que existe un mandato constitucional para la observancia de tratados como la CADH; en ese sentido, los jueces nacionales peruanos sean constitucionales u ordinarios se encuentran obligados a la aplicación del control de convencionalidad. Ahora, si bien habíamos mencionado que el realizar un control de constitucionalidad también sería implícitamente realizar un control de convencionalidad debido a que se entiende que nuestras normas constitucionales se encuentran acordes a las disposiciones de la CADH, lo cual hace que éstas sean también “convencionales”, no significa que pueda justificarse la *no utilización* de argumentos sobre la base de las normas convencionales y los criterios interpretativos de la CIDH al momento de resolver un caso en concreto y que por tal razón deba limitarse únicamente al análisis de los mandatos constitucionales.

Seamos más incisivos en lo que respecta al problema de la aplicación del control de convencionalidad en el Perú, la práctica nos muestra que dicho control es medianamente utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, y si hablamos del ámbito del poder judicial en estricto, veremos que su práctica es realizada de manera aislada y dispersa, lo que quiere decir que no se cumplen a cabalidad las obligaciones contraídas por el Estado peruano.

Podría argüirse que la obligación de aplicar dicho control no es necesaria en muchos de los casos que puedan presentarse a nivel del Poder Judicial, sin embargo, el debate no debe centrarse en términos utilitaristas sino más bien proteccionistas. Recordemos que la idea de aplicación del control de convencionalidad es de obligatorio cumplimiento en tanto su objeto de protección son los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales.

Los jueces son los llamados a aplicar toda norma o práctica favorable a la defensa de los derechos humanos, y son los llamados también a inaplicar toda norma que vulnere tales derechos; por lo que si es necesario y posible realizar un análisis y control de constitucionalidad, lo es también -y con mayor razón- el realizar uno de convencionalidad.

4.4.2. El Poder Legislativo

El Poder Legislativo peruano tiene la obligación de aplicar el control de convencionalidad. Recordemos que la extensión de tal obligación reside y tiene su fundamento principalmente en las sentencias emitidas por la CIDH a partir del año 2010. Para efectos de objetividad en la presente, tomaremos como punto de estudio la “*función legislativa*”, esto es, en esencia, la elaboración de leyes.

Dentro de la estructura de nuestro parlamento encontramos diversos grupos de trabajo o comisiones, de las cuales nos interesa la labor que realizan dos de estas comisiones: la Comisión de Constitución y Reglamento y la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Ahora bien, la única manera de determinar que los congresistas conocen y toman en cuenta las obligaciones internacionales contraídas por el Estado es al momento de elaboración de sus proyectos de ley, y en buena cuenta también, al momento de que dichas comisiones emitan sus informes. Asimismo, sabemos que lo que importa para determinar si se aplica o no el control de convencionalidad por parte de estos funcionarios reside en la llamada exposición de motivos, en la que se señalan todos los argumentos por las que se cree conveniente emitir un nuevo dispositivo normativo. Los agentes legislativos pueden utilizar el fundamento convencional para la fundamentación y dación de leyes, como del mismo modo también pueden hacerlo para la no aprobación de leyes inconvencionales.

Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 38 de la Constitución Política, en la que se señala, lato sensu, que: “[t]odos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”, veamos que respetar, cumplir y defender la Constitución obliga a todos a velar por la protección de derechos humanos, así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional; en tal forma, conviene señalar que este deber resalta con mayor seriedad cuando hablamos de la función legislativa. Utilizando el argumento *a contrario*, podemos concluir que no existe ningún impedimento para que los agentes legislativos no puedan realizar un control de convencionalidad en el marco de sus actividades.

4.4.3. El Poder Ejecutivo

Es en este nivel en el que se presenta el problema más directo que quebranta la obligación internacional de aplicar el control de convencionalidad por parte de los agentes de la administración estatal. Vamos a referirnos específicamente a la labor desarrollada por las autoridades públicas a quienes vía sentencia del Tribunal Constitucional se les recortó la posibilidad de realizar exámenes de constitucionalidad difusos con base en los fundamentos ya estudiados anteriormente en el Caso Salazar Yarlenque.

La premisa inicial se centra en que al haberse eliminado la potestad del control difuso administrativo se eliminó también la posibilidad de un análisis de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas. Es claro el deber de observancia de las disposiciones de la CADH también a nivel del Poder Ejecutivo, sin embargo se ha producido un obstáculo por parte del Tribunal Constitucional que lejos de maximizar los derechos también reconocidos en nuestra Constitución Política, ha preferido el desconocimiento de la jurisprudencia e interpretación que viene realizando la CIDH.

Resulta ser más conveniente volver a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que sentó el precedente del control difuso administrativo, corregir de mejor manera las deficiencias e implementar de mejor manera el procedimiento de dicha institución jurídica. Conviene también reforzar la idea de la jurisdicción administrativa en torno a los Tribunales Administrativos y órganos colegiados.

Por el momento la posibilidad del control de convencionalidad en sede ejecutiva (especialmente administrativa) ha quedado eliminada por vía jurisprudencial, sin embargo, ¿puede permitirse que una práctica que atenta la cabal protección de los derechos humanos siga manteniéndose?, ¿es posible justificar la vulneración de derechos porque así lo permite nuestro sistema jurídico vigente?, ¿debería un tribunal administrativo aplicar control de convencionalidad ante la eminente vulneración de derechos por parte de una ley o práctica funcional?, ¿es posible actuar inconstitucionalmente o inconventionalmente sólo porque así lo considera el Tribunal Constitucional?, ¿acaso no debe preferirse lo que se encuentra acorde al respeto de los derechos fundamentales?. Las respuestas son más claras cuando se opta por



la reconsideración de la posibilidad del control de convencionalidad tal cual se tenía sentado en el año 2005 y tal cual nos obligan los compromisos internacionales.



CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1. RESULTADOS DE ESTUDIO

Corresponde ahora, como parte final de la presente tesis, corroborar todos los aspectos desarrollados en torno a los alcances de aplicación del control de convencionalidad con los problemas, objetivos e hipótesis planteadas. Como hemos podido ver durante el transcurso de la presente el análisis sobre la extensión del control de convencionalidad por parte de los poderes públicos salta a la vista tanto jurisprudencialmente como doctrinariamente; sin embargo, también hemos podido ver que para llegar a la tesis final debe hacerse ciertas precisiones que ayudan y sirven de sustento a nuestra postura.

Así por ejemplo, y sin más rodeos, en cuanto a nuestra hipótesis general según la cual “debe entenderse por obligatoria la aplicación del control de convencionalidad para todos los poderes públicos y no solo para el Poder Judicial” ésta implica necesariamente tres aspectos: i) en cuanto al poder legislativo, la obligatoriedad de aplicación del control de convencionalidad tanto desde las Comisiones de Constitución y Reglamento, y la Comisión de Justicia y Derechos Humanos como para los proyectos de ley cuyo contenido presente derechos protegidos convencionalmente, implica además la observancia del artículo 38 de la Constitución Política y la sujeción al ius cogens internacional que para el caso peruano tiene carácter estricto y vinculante; ii) en cuanto al poder ejecutivo (administración pública), la obligatoriedad del control de convencionalidad reside en la potestad de apertura de control



difuso administrativo a los tribunales y/u organismos colegiados los que bajo tal permisión puedan también realizar un control difuso de convencionalidad, esto se desprende de la jurisprudencia vinculante de la CIDH estudiada, del artículo 3°, 55° y la cuarta disposición final de la Constitución Política; y, iii) al encontrarse totalmente abierta la facultad de control difuso por parte del poder judicial, se obliga también a la aplicación del control de convencionalidad por parte de todos los jueces, en atención a los fundamentos desarrollados en el capítulo I, el artículo 138 de la Constitución Política y el artículo VI del Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, con relación a la primera hipótesis específica según la cual “el poder judicial en el Perú viene aplicando aisladamente el control de convencionalidad”, ésta tiene su fundamento en el hecho de que si bien la posibilidad del control de convencionalidad por parte de los jueces ordinarios se encuentra totalmente habilitada, éstos no ejercitan sus líneas argumentativas en función a los estándares internacionales establecidos por la CIDH, la CADH y demás tratados o protocolos ratificados referidos a protección de derechos humanos, lo cual hace pensar en una fuerte carga subjetiva y legalista de posible responsabilidad funcional por preferir la ley antes que cualquier disposición o jurisprudencia de carácter internacional sobre derechos fundamentales. De hecho, a nivel local, la única vez que se utilizó el control difuso de convencionalidad fue con ocasión de la sentencia recaída en el Exp. N° 1305-2012-0-1001-JR-FC-03 realizada el 15 de junio de 2015 por el Juez Edwin Romel Béjar Rojas. En ese entender, es prudente afirmar que el control de convencionalidad a nivel del poder judicial se viene aplicando de manera “aislada”.

Respecto a si los poderes legislativo y ejecutivo deben aplicar el control difuso de constitucionalidad y a si éstos además deben aplicar el control de convencionalidad, en atención a las precisiones señaladas párrafos *supra*, consideramos que así es como deben hacerlo, no por la estrecha conexión que existe entre uno y otro en tanto a protección de derechos humanos sino sobre todo por la obligación así asumida por el Estado peruano al suscribir y ratificar tratados internacionales (fundamentado en el capítulo II del desarrollo teórico), la procura de no caer en responsabilidad internacional por no cumplir dichas obligaciones, y por la intrínseca labor que contiene el administrar justicia: el respeto del



hombre como tal. Allí es donde reside la importancia de la extensión de aplicación del control de convencionalidad. En ese sentido, ambos poderes del Estado deben aplicar el control de convencionalidad, sin embargo, el poder ejecutivo (en tanto administración pública) quedó inhabilitado del control difuso administrativo, lo que implica una restricción a la aplicación del control de convencionalidad, por lo que en la actualidad no “puede” utilizar dicho instituto (concordante con los dos últimos objetivos específicos).

Por último, nuestro análisis nos ha conllevado a aseverar tajantemente la conveniencia de la mayor apertura que debe existir en cuanto a los parámetros internacionales de protección de derechos fundamentales, una de estas muestras de apertura es el desarrollo jurisprudencial actual de la CIDH que poco a poco va comprometiendo la aplicación del control de convencionalidad a todo nivel dentro del margen de armonización del derecho interno de los Estados parte de la CADH (y demás protocolos), esto es, de adecuación a las más recientes manifestaciones de protección de derechos y su consecuente aplicación fuera de limitaciones basadas en prejuicio e intolerancia. Resulta ser esta la lógica final de la observancia de un sistema de protección de derechos que se ha dado cuenta que sólo tiene limitaciones en ella misma y no en arcaicas concepciones legalistas y estatalistas.



CONCLUSIONES

1.- El control de convencionalidad significa un análisis de compatibilidad entre disposiciones, normas, actos y prácticas que pudieran vulnerar los tratados internacionales, que en el caso regional incluyen de primera mano a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y todos sus protocolos posteriores.

2.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la encargada de interpretar los alcances de la CADH, su jurisprudencia resulta vinculante no solamente *inter partes* sino también para todos aquellos Estados que han reconocido su competencia contenciosa tal cual sucede en el caso peruano.

3.- Las conclusiones 1 y 2 resultan concordantes, puesto que la jurisprudencia de la CIDH es también una base de aplicación del control de convencionalidad por los agentes o funcionarios del Estado.

4.- Existe fundamento constitucional que respalda la total y obligatoria observancia de los tratados internacionales. A saber, los artículos 3°, 55° y la cuarta disposición final de la Constitución Política. La CADH y sus protocolos se encuentran comprendidos dentro de este marco normativo.

5.- El control de convencionalidad encuentra límites en tanto a su aplicación por parte del poder ejecutivo y legislativo; sin embargo, dichos límites son totalmente subsanables puesto que en atención al artículo 2 de la CADH y al artículo 27 de la CVDT, existe la obligación de adoptar medidas para adecuar los mecanismos de protección de derechos (v.gr. control de convencionalidad) y existe la regla según la cual no se podrá invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

6.- Los jueces, los tribunales administrativos y el poder legislativo (ámbito funcional) deben aplicar el control de convencionalidad según lo señalado en la conclusión 5, además de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 38°, 138° y en el artículo VI del Código Procesal Constitucional.



7.- Según el desarrollo jurisprudencial actual de la CIDH, existe una tendencia de apertura o extensión del control de convencionalidad a la mayoría de funcionarios públicos de un Estado. En el caso peruano, la tarea de máxima protección de los derechos humanos aún no se encuentra finalizada, aunque tuvo su mejor avance durante el período comprendido entre el año 2004 y 2012.

8.- La emisión de la sentencia en el caso Consorcio Requena significó un alto al desarrollo mencionado en la conclusión 7, lo cual se materializó en dejar sin efecto el precedente vinculante que habilitaba el control difuso administrativo, que a la vez habilitaba el control difuso de convencionalidad, y que a la vez ampliaba el espectro de protección de los derechos fundamentales.

9.- Consideramos que la mejor salida al debate generado en torno al control difuso administrativo consistía en la mejora de su procedimiento, estableciéndose -al igual que en el caso de los jueces ordinarios- la posibilidad de elevar el caso en concreto a consulta de una Sala revisora, tal cual propuso en su momento el magistrado Urviola Hani.

10.- El fundamento del control de convencionalidad no se encuentra necesariamente en el desarrollo jurisprudencial desarrollado por la CIDH, tampoco en la idea “jurídico-internacional” de su concepción; su fundamento esencial reside específicamente en la protección de los derechos del ser humano, en su respeto y en su comprensión como hacedores y destinatarios del aparato social, en la plena convicción de ser entidades habilitadas a la justicia y en la amable idea de creer en la posibilidad de su felicidad.



RECOMENDACIONES

1.- Por lo antes mencionado, la primera recomendación necesariamente debe ser la de habilitar nuevamente la potestad de control difuso administrativo a los tribunales administrativos y organismos colegiados.

2.- Dicha habilitación deberá ser vía jurisprudencial y en la misma deberá precisarse el procedimiento de dicho control difuso, específicamente el tema relacionado a la “elevación en consulta” que deberá ser facultada al poder judicial.

3.- En el ámbito práctico, los jueces del poder judicial deberán preferir la aplicación de normas convencionales ante la posible vulneración de un derecho fundamental, su razonamiento deberá contener además las cláusulas constitucionales que lo habilitan, así como también las disposiciones de la CADH o protocolos que sustentan su postura. Su fallo deberá contener la mención de que se realizó el control difuso de convencionalidad, así debe desprenderse también de sus considerandos (véase el caso del Juez Edwin Romel Béjar Rojas).

4.- En el ámbito institucional, el ingreso a la magistratura (jueces) deberá ser de expreso rigor especialmente en temas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deberá capacitarse a los jueces actuales en la misma materia. Lo mismo para los funcionarios aspirantes a los tribunales administrativos u órganos colegiados.

5.- Deberá fomentarse a la divulgación de la información referente a la protección de derechos fundamentales y al control de convencionalidad, de tal modo que los ciudadanos impulsen su aplicación y su afianzamiento en las prácticas estatales.

6.- En el ámbito político, deberá exhortarse a las instituciones del Estado (especialmente Poder Judicial y Ejecutivo) al registro de todos los casos materia de resolución vía control de convencionalidad, lo que es concordante con la recomendación 5.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Alonso, E. M. (2013). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho U.B.A.
- Arias, L. (1988). *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Santo Domingo: Editora Universitaria UASD.
- Barranco, M. d. (2011). *Constitucionalismo y función judicial*. Lima: Grijley.
- Bazán, V. (2012). Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 63-104.
- Bullard, A. (2005). Kelsen de cabeza: Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas. *Themis*, 79-96.
- CIDH. (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH. (2015). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. San José.
- Del Águila, R. (19 de Abril de 2014). *TC ANULA PRECEDENTE DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO (STC 04293-2012-PA/TC COMENTADA)*. Recuperado el 23 de Octubre de 2016, de LaboraPeru: <http://www.laboraperu.com/tc-anula-control-difuso-administrativo-4293-2012-aa.html>
- Duran, W. (1982). *Apuntes del Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Dto. de Derecho Público.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Silva García, F. (2009). El Control de Convencionalidad de la jurisprudencia constitucional. En I. I. Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 599-621). Lima: IDEMSA.



- Fix-Zamudio, H. (2004). El Derecho Internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 141-180.
- Fuenzalida, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de Derecho. Una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad". *Revista de Derecho*, 171-192.
- García Belaunde, D. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 223-241.
- García, A. (2005). *El Control de Constitucionalidad de las Leyes*. Lima: Jurista Editores.
- García, G., & Franciskovic, M. (2002). *Derecho Internacional Público*. Lima: Horizonte.
- González, J. F. (2012). Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre el Control Judicial. En H. J. Campos, *Control constitucional y activismo judicial* (págs. 165-184). Lima: ARA Editores.
- Guerrero Verdejo, S. (2003). *Derecho Internacional Público: Tratados*. Ciudad de México: Plaza y Valdés.
- Henriquez, H. (2007). *Derecho Constitucional*. Lima: Fecat.
- Highton, E. I. (2014). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. *La Ley*, 1-12.
- Kelsen, H. (1987). *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Kunz, J. L. (1945). El sentido y el alcance de la norma "Pacta Sunt Servanda". *American Journal of International Law*, 7-29.
- Landa, C. (2002). La aplicación de los tratados internacionales. En R. Méndez, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 319-347). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. .



- Meza, M. M. (2014). Control difuso administrativo peruano. *Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional*. Lima, Perú: PUCP.
- Monroy Cabra, M. G. (2002). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: TEMIS.
- Nogueira Alcalá, H. (2010). El Control de Convencionalidad y el Diálogo Interjurisdiccional entre Tribunales Nacionales y la Corte Interamericana De Derechos Humanos. *ReDCE*, 221-270.
- Nogueira, H. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios Constitucionales*, 57-140.
- Novak, F. (1997). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda Internacional*, 109-134.
- Novak, F. (2005). *Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Edotorial de la PUCP.
- Pinto, M. (1997). *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Remotti Carbonell, J. C. (2004). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Perú: IDEMSA.
- Rey Cantor, E. (2009). Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de la leyes. En I. I. Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 763-799). Lima: IDEMSA.
- Rojas, V. M. (2014). *Derecho de los Tratados*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Rolla, G. (2008). *Justicia constitucional y derechos humanos*. Lima: Grijley.
- Rossi, R. (28 de Abril de 2014). *¿Bipolaridad Constitucional?: Sentencia del TC deja sin efecto el precedente vinculante sobre el control difuso administrativo*. Recuperado el 22 de Octubre de 2016, de IUS 360°: <http://www.ius360.com/editorial/bipolaridad-constitucional-sentencia-del-tc-deja-sin-efecto-el-precedente-vinculante-sobre-el-control-difuso-administrativo/>



Sagües, N. P. (2011). El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *Construcción y papel de los Derechos Sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina* (págs. 381-417). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.

Solari, L. (1983). *Derecho Internacional Público*. Lima: Studium.

Steiner, C., & Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer.

Truyol y Serra, A. (1977). *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (CIDH 29 de Julio de 1988).

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (CIDH 22 de Noviembre de 2005).

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Corte Inramericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú (CIDH 30 de Noviembre de 2007).

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).

Rosendo Cantú Vs. México (CIDH 31 de Agosto de 2010).

Caso Gelman Vs. Uruguay (CIDH 24 de Febrero de 2011).