

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

“EL SISTEMA DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ.”

(Una visión constitucional de la obligación internacional)

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ABOGADO

PRESENTADA POR:

BACH. ROGER BUSTAMANTE VALDIVIA

ASESOR:

Dr. Cs. REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR

CAJAMARCA - PERÚ

MAYO DE 2014

*A mi familia,
especialmente a
mis Padres.*

AGRADECIMIENTOS.

A mi familia por su constante apoyo, por creer en mí.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, por los seis primeros años de mi vida académica, que marcaron el inicio de mi vida profesional.

A mi asesor, Reynaldo Mario Tantalean Odar, por sus apoyo y consejos para lograr concretar esta etapa de mi vida.

“Y aparece en nuestras reglas, en muchos casos, que el derecho común controlara a las leyes del parlamento y algunas veces las juzgara de ser totalmente nulas: *cuando la ley del parlamento sea contraria al derecho común y a la razón o repugne o sea imposible de ser cumplida*, el derecho común controlara y juzgara que dicha ley sea nula”

(Edward Coke, “Bonham Case”)

ABREVIACIONES

CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CORTE IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CADH	: Convención Americana de Derechos Humanos.
DADDH	: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
TC	: Tribunal Constitucional.
DIP	: Derecho Internacional Público.
DIT	: Derecho Internacional del Trabajo.
CDFT	: Cuarta Disposición Final y Transitoria.

RESUMEN.

En el presente documento, se realiza un análisis de la figura del control de convencionalidad a través del sistema de control constitucional peruano. En el título segundo se presenta un análisis breve de la figura, desde una óptica internacionalista, asimismo en el primer título, se establece la relación con el control de constitucionalidad, elemento base para la determinación de los problemas formulados.

En el título tercero, se realiza un análisis de las fuentes de la obligación internacional del control difuso de convencionalidad, primariamente se establece, la fuente internacional, definida estas como el conjunto de normas que establecen la obligación internacional del control de convencionalidad, seguidamente se realiza una crítica a las posibles debilidades de este sistema de fuentes. Además se analiza a la constitución en su esfera internacional esto es capaz de vincular internacionalmente a los órganos estatales.

En el título tercero se presenta el análisis pertinente a los órganos legitimados para realizar el control de convencionalidad, esto según la naturaleza de órgano, y de acuerdo a sus competencias que vienen configuradas por su capacidad para realizar el control difuso de constitucionalidad, es decir se adecua el control de convencionalidad en sus diferentes grados de intensidad, a las competencias de los órganos públicos.

Finalmente no se puede dejar de advertir los nuevos fundamentos que propone el control de convencionalidad, a las técnicas de control normativo, el mismo que ha venido a proponer una profunda reforma de los sistemas de control normativo, en el mundo, y en las américas.

ABSTRACT.

In this paper, an analysis of the position of control of compliance through the Peruvian constitutional control system is done. A brief analysis of the figure presents the second title from an internationalist perspective, also in the first game; the relationship with the judicial review is established base element for the determination of the formulated problems.

In the third title , an analysis of the sources of international obligation of the fuzzy control of compliance is performed primarily for the international source , defined as the set of these rules governing the international obligation of the control of compliance is established then performed a review of possible weaknesses of this system sources. Further analyzes of the constitution in this international sphere is capable of linking international government bodies.

Due analysis to those authorized to perform the control of compliance bodies is presented in the third degree , depending on the nature of this body , and according to their skills that come configured for its ability to diffuse judicial review , it is adequate control of conventionality in different degrees of intensity, the powers of public bodies.

Finally, one can not help noticing the new foundations proposed by the control of compliance, technical regulatory control , it has come to propose a radical reform of the systems of regulatory control in the world , and in the Americas .

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	5
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3. JUSTIFICACIÓN	7
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES	9
1.4.1. DELIMITACIÓN	9
1.4.2. LIMITACIONES	9
2. OBJETIVOS	9
3. ANTECEDENTES TEÓRICOS	11
4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS FUNDAMENTALES	11
5. HIPOTESIS	11
6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN	12
6.1. OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLES	12
6.2. UNIVERSO Y UNIDADES DE ANÁLISIS	13
6.2.1. UNIVERSO	13
6.2.2. UNIDADES DE ANÁLISIS	13
6.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN	13
6.4. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	13
6.5. ALCANCES DE INVESTIGACIÓN	13
6.6. METODOLOGÍA	14

CAPITULO II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, NOCIONES GENERALES.

SUBCAPITULO I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	16
2. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	20
2.1. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	20
2.1.1. USO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA ONU	21
2.2. SISTEMAS REGIONALES	23

2.2.1.	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA EUROPEO.....	24
2.2.2.	CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SIDH.....	25
2.2.2.1.	PARÁMETRO CONTROLADOR.....	27
2.2.2.1.1.	<i>Bloque de convencionalidad, un bloque variable y elástico.....</i>	29
2.2.2.2.	EL OBJETO DEL CONTROL.....	31
2.2.2.2.1.	<i>Los actos.....</i>	32
2.2.2.2.2.	<i>Las normas y omisiones.....</i>	33
2.2.2.2.3.	<i>El control de convencionalidad sobre las constituciones.....</i>	35
2.2.2.2.4.	<i>La jurisprudencia constitucional como norma controlada.....</i>	37
A)	<i>Fallo parcialmente condenatorio, efectos de cosa juzgada (norma individual) ...</i>	38
	<i>Violación del derecho a la protección judicial.....</i>	39
B)	<i>La jurisprudencia, cosa interpretada (norma general)</i>	40
	<i>Los derechos de participación democrática.....</i>	41
	<i>Derecho a la protección judicial.....</i>	41
2.2.2.3.	NIVELES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	44
2.2.2.3.1.	<i>Concentrado, control ejercido por la corte IDH.....</i>	44
2.2.2.3.2.	<i>Control difuso de convencionalidad.....</i>	46
2.2.2.3.2.1.	<i>Características del control de difuso de convencionalidad</i>	
a)	<i>Carácter difuso.....</i>	50
b)	<i>Intensidad del control difuso de convencionalidad.....</i>	52
b.1)	<i>Interpretación (efecto armonizante).....</i>	53
b.2)	<i>Efecto represivo.....</i>	55
b.2.1)	<i>Invalidación.....</i>	55
b.2.2)	<i>Inaplicación.....</i>	57
c)	<i>El control de convencionalidad: deber de oficio de los jueces.....</i>	58
d)	<i>Efectos en el tiempo del control de convencionalidad.....</i>	59
2.2.2.4.	MANIFESTACIONES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	61
2.2.2.4.1.	<i>Uso directo del control de convencionalidad.....</i>	62
2.2.2.4.2.	<i>Uso indirecto del control de convencionalidad.....</i>	63
2.2.2.5.	OPINIÓN CONSULTIVA.....	65
2.2.2.5.1.	<i>La opinión consultiva como parte del canon interamericano.....</i>	65
2.2.2.5.2.	<i>Efectos de la opinión consultiva, en el ámbito de la propia corte.....</i>	66
2.2.2.5.3.	<i>Opinión consultiva, ¿obligación o facultad?.....</i>	68

2.2.2.6. EL PRINCIPIO PRO HOMINE Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	71
2.2.2.7. LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO PRIMER PASO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	73
2.2.2.8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	75

SUBCAPITULO II: RELACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	77
1.1. MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	79
1.1.1. CONTROL CONCENTRADO.....	81
1.1.2. CONTROL DIFUSO.....	83
1.1.3. VARIANTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	86
1.1.4. PERÚ MODELO DUAL.....	87
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.	91
2.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO CANAL PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INDIRECTO.....	91
2.2. CONTROL CONSTITUCIONAL IN ABSTRACTO.....	92
2.2.1. <i>Ex-ante</i>	92
2.2.2. <i>Ex-post</i>	93
2.3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	98
2.4. JUSTICIA COMÚN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	94

SUBCAPITULO III NOTAS ADICIONALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

1. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONVENCION AMERICANA Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.....	99
---	----

2. DIALOGO ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERAMERICANA, Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.	102
3. LA CORTE INTERAMERICANA COMO INTERPRETE CONSTITUCIONAL EN SU DOBLE ÁMBITO DE VALIDEZ.....	106
4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	107
5. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	109
5.1. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.....	109
5.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD OBLIGACIÓN INTERNACIONAL, Y RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.....	111
5.3. LA RESPONSABILIDAD POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL PACTO.....	112
5.4. EL RESPONSABLE EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.	114
5.5. RESPONSABILIDAD POR APLICACIÓN DE NORMAS INCONVENCIONALES.....	116
5.6. IMPEDIMENTO DE ALEGAR EL DERECHO INTERNO PARA EVADIR OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	119
5.6.1. <i>Derecho interno vs derecho internacional de los derechos humanos.</i>	119
5.6.2. <i>Normas de poder, versus normas de derechos humanos.</i>	121
5.7. EL MANDATO IMPERATIVO DIRECTO VS TRASPASO CONSTITUCIONAL.	123

CAPITULO III: FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

SUBCAPITULO I: FUENTES INTERNACIONALES DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD.

1. FUNDAMENTO JURÍDICO.....	129
2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA CADH	130

SUBCAPITULO II: LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

1. LA CONSTITUCION EN SU SENTIDO FORMAL COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	132
---	-----

1.1. EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.	134
1.1.1. <i>El artículo 1 como guía hermenéutica.</i>	138
1.1.2. <i>El artículo uno como guía para la formación estructural del estado.</i>	140
1.1.3. <i>El estado como un medio de realización de la persona humana.</i>	141
1.1.4. <i>El artículo 1 y el control de convencionalidad.</i>	143
1.2. EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.	147
1.2.1. <i>Incorporación de nuevos derechos en la constitución.</i>	147
1.2.2. <i>El artículo 2 y el control de convencionalidad.</i>	148
1.3. EL ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.	149
1.3.1. <i>Derechos en la Constitución del Artículo 4 en adelante.</i>	151
1.3.2. <i>Apertura constitucional, positivismo o iusnaturalismo.</i>	156
1.3.3. <i>Los derechos análogos a los contenidos en la constitución.</i>	157
1.3.4. <i>Los derechos nuevos que se funden “en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.</i>	160
1.3.5. <i>El control de convencionalidad y el artículo 3 de la Constitución del Perú.</i>	161
1.4. EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO DEBER IMPLÍCITO.....	164
1.5. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.	166
1.5.1. <i>Constitucionalización del derecho internacional.</i>	167
1.5.2. <i>El rango de los tratados en la normativa interna.</i>	168
1.5.3. <i>Aplicación directa de los tratados internacionales.</i>	172
1.5.4. <i>La jurisdicción supranacional, y la constitución.</i>	173
1.5.5. <i>El bloque constitucional del derecho de los tratados y el control de convencionalidad.</i>	175
1.5.6. <i>Nota sobre la relación entre la constitución, y la norma internacional desde una perspectiva constitucional.</i>	177
1.6. LA CUARTA DISPOSICIÓN, FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.....	179
1.6.1. <i>La IV Disposición Final y Transitoria, y el control de convencionalidad.</i>	182

1.7. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	185
1.8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN, ES SOLO DEL CORPUS IURIS INTERAMERICANO	188
2. CONSTITUCIÓN EN SU SENTIDO MATERIAL, COMO FUENTE DEL DERECHO.....	191
2.1. LA CONSTITUCION COMO NORMA JURIDICA DINAMICA.	192
2.2. LA CONSTITUCIÓN, COMO FUENTE DE FUENTES Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	193
2.3. LOS LÍMITES SUSTANCIALES EN LA INTERPRETACION DEL DERECHO.....	195

CAPITULO IV: EL OPERADOR JURIDICO, DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD.

1. NOCIONES GENERALES.....	199
2. ÓRGANOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH, EL ENFOQUE GENERAL DEL ESTADO.....	199
2.1. SOBRE LOS MANDATOS GENERALES.....	202
2.2. ARTICULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCION AMERICANA OBLIGACIONES POSITIVAS.....	203
2.3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ NACIONAL.....	209
2.3.1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. POSICIÓN DOCTRINARIA.	210
2.3.2. EL PODER JUDICIAL.....	212
2.4. OTROS ORGANOS CONTEMPLADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.....	213
2.4.1. ORGANOS CON JURISDICCION MATERIAL.....	217
2.4.2. ORGANOS VINCULADOS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	217
2.4.2.1. <i>policía Nacional y control de convencionalidad</i>	220
2.4.2.2. <i>Ministerio Público y control de convencionalidad</i>	221
2.5. INTENSIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, UNA SOLUCION O UN ESCAPE AL DESAFÍO.	221

2.5.1. ÓRGANO LEGITIMADO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EFECTO REPRESIVO.....	222
2.5.2. ORGANO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SU SENTIDO MÁS SUAVE- INTERPRETATIVO.....	225
3. EL OPERADOR SEGÚN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	225
3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ÓRGANO MÁXIMO DEL CONSTITUCIONALISMO Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	226
3.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ ORDINARIO.	232
3.2.1. EJEMPLO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA JUSTICIA ORDINARIA.....	235
3.3. ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL NORMATIVO.	236
3.3.1. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL CONSTITUCIONALIDAD..	238
3.3.1.1. <i>Primera etapa, la negación del control difuso administrativo.</i>	239
3.3.1.2. <i>Segunda etapa, admisión genérica del control difuso administrativo.</i>	240
3.3.1.3. <i>Tercera etapa, precisión de los requisitos de procedencia, y de los órganos encargados de realizar el control difuso administrativo.</i>	242
3.3.2. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	245
3.4. OTROS ORGANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONALMENTE.....	248
3.4.1. Jurisdicción militar.	249
3.4.2. Jurisdicción arbitral.	250
3.4.3. Jurisdicción campesina.	252
3.4.4. Jurisdicción electoral.	253
3.4.5. Control de convencionalidad a cargo de las jurisdicciones extraordinaria y especial.	254
3.5. EL CASO DE LOS JUECES DE PAZ.....	255
4. EL OPERADOR JURIDICO EN EL CONTROL NORMATIVO, EL NUEVO DESAFIO.....	256
4.1. EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD- CONSTITUCIONALIDAD.	257

4.1.1. <i>El caso de la declaración de inaplicabilidad por órganos incompetentes</i>	262
4.2.LA INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS, ES UNA ATRIBUCIÓN DIRECTA.....	265
4.2.1. <i>Ley posterior deroga ley anterior, y control de convencionalidad</i>	266
4.3.LA TESIS DE LA DESVINCULATORIEDAD DE LAS NORMAS INCONVENIOANLES E INCONSTITUCIONALES.....	269
 CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	
1. CONCLUSIONES	270
2. RECOMENDACIONES.....	274
 BIBLIOGRAFÍA	 275

INTRODUCCIÓN

El presente documento se compone de cinco títulos. En el primero de ellos se muestra los aspectos metodológicos del trabajo se dan los lineamientos generales que se han seguido para su desarrollo así como lo que se busca con el presente trabajo.

El título II habla del control de convencionalidad, en sentido general, a manera de introducción al problema, en él se tratan temas como la aparición de la doctrina en los escenarios internacionales, a partir de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, encontraremos también una definición clara de lo que es el control de convencionalidad, además de los elementos que el implica, el parámetro controlador como la norma controlada. Además se describe en esta apartado, los niveles del control de convencionalidad.

Centrándonos ya en el control difuso de convencionalidad, establecemos sus características. Establecemos también las manifestaciones, es decir tanto el uso directo del parámetro controlador, como el uso indirecto, o a nivel interpretativo.

Además se establece la opinión consultiva como un mecanismo para realizar el control de convencionalidad ex –ante, cuál es su función en el canon interamericano, ya que algunos autores, establecen que no constituye parte del parámetro controlador, cuáles son sus efectos en el ámbito de la misma corte IDH, ya que al constituir interpretación vincula a futuro al mismo tribunal delineando el contenido de las sentencias que emita, cuando conozca un caso similar. Por ultimo sobre la opinión consultiva se establece si es una obligación, o una facultad, cierto es que es un mecanismo puesto a disposición de los estados, pero acaso no constituye una obligación, ya que si ese estado expidiera una norma inconvencional, incurriría en responsabilidad internacional.

Seguidamente se hace referencia al principio pro homine, y relación con el control de convencionalidad, ya que este principio es la base para la preferencia

interpretativa, y la preferencia de normas constituyéndose de esa manera en la base fundamental del control de convencionalidad, esto porque no se debe entender que se debe preferir siempre la norma convencional sobre la local, sino que existe la posibilidad de preferir la local, cuando resulte más favorable.

Siguiendo con la temática, se hace una breve reseña del control de convencionalidad, del control de convencionalidad, es decir el control que se ejerce sobre el propio control de convencionalidad, esto a raíz de las interpretaciones que hacen los tribunales locales, que pueden resultar incongruentes con el canon interamericano.

En el capítulo siguiente se analiza, la relación entablada entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, asimismo se estudia los modelos de control constitucional, esto por la razón de que el control de convencionalidad practicado en el Perú, se realiza mediante el control de constitucionalidad, y mediante una aplicación directa de la Convención Americana.

En este capítulo además hacemos un breve estudio a los modelos de control constitucional, además de explicar, como se canaliza el control de convencionalidad a través de los procesos de la libertad.

En el capítulo final del título II, se analiza cuestiones conexas sobre el control de convencionalidad, cuestiones que influyeron en el desarrollo del control de convencionalidad, y que hoy día determinan los niveles de aceptación de la doctrina.

Seguidamente a esto se realiza el análisis de uno de los temas principales del trabajo esto, las fuentes de la obligación del control de convencionalidad. Una visión a través del derecho internacional público, que es donde encuentra su fundamento.

Además de ello también tenemos un análisis de la constitución, como fuente de la obligación del control de convencionalidad, en este acápite se hace un análisis a partir de dos perspectivas, una a través de la constitución en su sentido formal analizando los artículos que colaboran al establecimiento de un sistema de control convencional. Por otro lado se analiza la constitución en su sentido material, como norma dinámica,

en constante renovación y desarrollo, la misma que hace posible la adquisición de los derechos humanos.

Luego de analizar las normas nacionales e internacionales, con respecto a la fuente de la obligación se realiza una comparación para establecer los puntos de convergencia, y las desavenencias entre ambas normas, desde luego se hace notar las ventajas y desventajas que ofrecen ambos sistemas de fuentes.

Finalmente se realiza el análisis del operador jurídico, del control de convencionalidad, este tema se aborda desde una doble perspectiva a fin de establecer una comparación.

La primera es a través de la jurisprudencia de la Corte IDH. este tribunal, exige de los estados un control desconcentrado, sobre el fundamento del respeto de los derechos humanos, en ese sentido diseña un complejo sistema de control de convencionalidad en el que incluye además del poder judicial, a los órganos de cualquier poder del estado, que ejerza jurisdicción en sentido material, asimismo exige este control, a los tribunales administrativos, a los órganos vinculados con la administración de justicia en todos sus niveles, y en definitiva establece que todos los órganos se encuentran vinculados con la Convención Americana, y que la aplicación de leyes inconvencionales, por cualquiera de ellos, genera responsabilidad internacional.

Paralelamente a ello se hace un estudio de los órganos facultados para realizar el control de constitucionalidad, ya que en definitiva el control de convencionalidad diseñado por la propia constitución, es a través del control de constitucionalidad, resulta imperioso entonces establecer los órganos que pueden realizar el último control, para adecuarlo, al primero de ellos mencionado, a fin de determinar, el nivel de correspondencia entre el diseño internacional, y el diseño constitucional.

Finalmente se realiza una comparación, entre ambos controles para determinar puntos de convergencia, y puntos de disidencia.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En el contexto internacional, se han dado incontables esfuerzos por conseguir la unificación jurídica internacional, o al menos una homogenización de los diferentes sistemas jurídicos, es así como lo planteo el modernismo jurídico, pero al advertir este que es por ahora imposible alcanzar, aparecen en los escenarios jurídicos internacionales, los convenios y tratados internacionales, como un intento de unificar criterios en determinadas áreas del derecho.

Aun con la existencia de los diferentes tratados y convenciones que si bien no buscan imponerse como ordenamiento jurídico universal - en niveles regionales- propician, la homogenización y armonización de los valores jurídicos que protegen la dignidad humana y la defensa de sus derechos. Es en este contexto, a la par de las normas internacionales, debe también paralelamente, implementarse mecanismos y procedimientos, para hacer respetar la voluntad internacional¹ que de los dispositivos supranacionales emana.

Es a raíz, de los casos de litigios llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aparece en el escenario jurídico internacional, la necesidad de imponer a los estados, la obligación de realizar un examen, de la convencionalidad de las normas internas, en los fueros y por jueces nacionales. Esto a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, preliminarmente esto nos haría suponer que todos los estados estarían en la obligación de cumplir con la jurisprudencia de la CIDH, pero en rigor de verdad como lo establece Néstor Pedro Sagúes², la CADH, no obliga a los

¹ No se habla de una voluntad internacional propiamente dicha sino de la obligación que asume un estado que se adhiere a un convenio, de cumplir con la obligación contraída, es decir aplicando el derecho internacional en fueros internos.

² EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SUS ANTICIPOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS-SOCIALES. CONCORDANCIAS Y DEFERENCIAS CON EL SISTEMA EUROPEO. En: www.juridicas.unam.mx. Pág. 3.

estados al cumplimiento de del control de convencionalidad-es decir a los estados que no han sido parte en un litigio en el que se haya establecido el control de convencionalidad como una obligación internacional- esta obligación se obtiene a través de una **interpretación mutativa por adición**³. Es entonces necesario, fijar la norma que impone al juez nacional, u otro órgano del estado, la obligación de aplicar esta técnica de control normativo, si solo emana de la CADH, de la jurisprudencia de la CIDH, o también existe en el contexto normativo peruano, a nivel constitucional, alguna manifestación de esta obligación.

En Perú es necesario analizar además , bajo la óptica constitucional, cuales son los órganos que pueden realizar el control de convencionalidad, entendida esta como una “técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste de la CADH⁴ y los dispositivos legales de origen nacional”⁵; si esta técnica puede ser aplicada solo por el juez interno del estado⁶, o puede ser aplicado por otro órgano estatal, teniendo en cuenta las diversas manifestaciones que puede tener esta técnica de control normativo.

Centrándonos en un contexto interno, para puntualizar el problema, debemos establecer, como se da el control de convencionalidad, en el país, cuales son los posibles inconvenientes, o barreras que puedan obstaculizar el cumplimiento de esta obligación en el contexto interno.

Además debemos notar la problemática de este fenómeno jurídico, en el interior del país debemos establecer los órganos que pueden aplicar el control de convencionalidad, sus límites, sus dificultades operativas, en las diferentes ramas del derecho.

³ En esta técnica de interpretación, el texto normativo permanece incólume, no se modifica, se agrega tácitamente las interpretaciones que hace la CIDH, y se impone como si fuera parte del texto normativo.

⁴ Puede practicarse respecto de otros tratados sobre derechos humanos.

⁵ De control de convencionalidad; tesis elaborada por Torres Zúñiga Natalia; PUCP, 2011. Pág. 19.

⁶ Juez interno debe ser entendido como todo órgano jurisdiccional. Dentro del territorio peruano, ya que su especificación se obtendrá como resultado de la investigación.

En nuestro sistema constitucional, tenemos presente la cláusula abierta hacia el derecho internacional de los derechos humanos, lo que nos ubica dentro de los estados que tienen modelos cooperativos, pero a la vez nuestra aceptación a la legitimidad de los derechos humanos, no es total, toda vez que las convenciones sobre derechos humanos, tienen rango constitucional, no así en otros estados que tienen un rango supra constitucional, permitiendo que su constitución también sea objeto de control, estos son problemas en los que debemos establecer límites y alcances.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.

1.2.1. PROBLEMA.

¿Cuál es la problemática del Sistema del Control Difuso De Convencionalidad en el Perú?

SUB PROBLEMA N°1.

¿Cuál es la fuente de la obligación del control difuso de convencionalidad impuesto a los órganos internos del Perú?

SUB PROBLEMA N°2.

¿Cuáles son los órganos estatales internos que se encuentran vinculados con la obligación de realizar el control difuso de convencionalidad?

1.3. JUSTIFICACIÓN

Es necesario estudiar el control difuso de la convencionalidad, ya que esto nos permitirá entender la injerencia del derecho internacional en la sede nacional, rescatando el grado de adaptabilidad del derecho interno con el derecho internacional, ramas que parecen ser antagónicas entre sí, aunque ya se ha desarrollado sobre el tema, el

investigador, cree que es necesario, clarificar los conceptos, ya expresados por la doctrina internacional.

Académicamente, se puede sustentar el trabajo, e la necesidad, determinar el grado de adaptación del sistema constitucional peruano, al control de convencionalidad propuesto, por la Corte IDH, además de determinar, sus alcances. Por otro lado también es necesario entender, que el control de convencionalidad, trae consigo una reforma del tradicional concepto de vinculatoriedad de las leyes, hecho que sin duda merece a análisis, para poder mejorar el sistema constitucional peruano.

Debemos recalcar también la importancia de este tipo de armonización jurídica, en los escenarios sociales, ya que hará más comprensible la dinámica internacional y su influencia en los escenarios nacionales. Todas las personas tienen además de la protección que brinda el derecho interno, la que brinda el derecho internacional mediante sus diferentes dispositivos, esto basándonos en la universalidad de los derechos humanos, los mismos que deben ser custodiados desde la misma sede interna, y no tras un largo y desgastante agotamiento de la vía interna, toda vez que esto es lo que busca el control de convencionalidad difuso, hacer que el juez interno, aplique las normas internacionales, tanto de manera armonizadora o inaplicadora (destruictiva) como lo establece Néstor Pedro Sagües⁷

En esta línea de visión debemos, mencionar que dentro de los sujetos del derecho internacional, se encuentra excepcionalmente el individuo, como parte de una relación jurídica, que involucra valores

⁷SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013. En: www.juridicas.unam.mx. Pág. 4.

internacionalmente protegidos – derechos humanos- relación que es el resultado de un **hecho social, con relevancia internacional**.⁸

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES.

1.4.1. DELIMITACIÓN.

Dogmática: el marco dogmático del trabajo de investigación, es enfocado desde el derecho internacional público, y derecho constitucional.

Temática.- se abordara solo la obligación que tienen los órganos internos de realizar este examen normativo, a la par se tratara también los órganos que pueden aplicar esta técnica de control normativo, en sus diferentes clases.

Espacial.- debido a que el Perú pertenece al sistema interamericano de derechos humanos, el trabajo se circunscribe básicamente, a ese sistema, sin embargo a partir de la vista constitucional, se puede extender a otros tratados.

1.4.2. LIMITACIONES

La limitación más significativa en el desarrollo del presente trabajo, ha sido la falta de bibliografía, y la dificultad para conseguirla.

2. OBJETIVOS.

2.1 Objetivo general.

Describir la problemática del sistema de control difuso de convencionalidad, en el Perú, aclarando la fuente de esta obligación, determinando los órganos estatales que deben aplicar esta técnica.

⁸ El hecho social con relevancia internacional, es representado, mediante la **transgresión de un derecho humano**, cuya defensa ha agotado la vía interna.

Sub objetivo 1.

Determinar las normas internacionales, que establecen la obligación de aplicar esta técnica de control normativo. Determinar a través de la constitución la obligación de aplicar esta técnica de control normativo.

Objetivos específicos.

1. Determinar la fuente de la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad a partir de los dispositivos internacionales.
2. Determinar la fuente de la obligación, a partir de la jurisprudencia de la CIDH.
3. Determinar la fuente de la obligación a partir de la normativa interna, y de la Constitución política del Perú.
4. Determinar las diferencias, entre ambas fuentes normativas, para establecer, los alcances de ambas fuentes.

Sub objetivo 2.

Determinar los órganos que están obligados, a aplicar el control difuso de convencionalidad.

Objetivos específicos.

1. Determinar a través de los dispositivos internacionales, que órganos están obligados, a realizar el control difuso de convencionalidad.
2. Determinar a través de la constitución y el derecho interno, que órganos tienen la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad.
3. distinguir los tipos de funciones que tienen los órganos estatales, para a través de ellos establecer el tipo de control que pueden ejercer.
4. Determinar y atribuir los tipos de control que pueden ejercer los órganos estatales, según la función que ejercen.

3. ANTECEDENTES TEORICOS.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y DEL JUEZ INTERAMERICANO.

TORRES ZUÑIGA, NATALIA, LIMA PERU 2012.

El estudio realiza una comparación entre el control de convencionalidad ejercido por el juez constitucional peruano, y el control de convencionalidad realizado por la Corte IDH, estudiando las similitudes y convergencias.

4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS FUNDAMENTALES.

El Sistema Del Control Difuso De Convencionalidad: termino propio de la investigación, referido a la configuración, del control difuso de convencionalidad, misma que se encuentra definida, por las normas constitucionales, y la jurisprudencia del TC, del Perú. En suma es la forma en que se manifiesta, este fenómeno en el Estado Peruano.

5. HIPÓTESIS.

La problemática del sistema legislativo peruano, del control difuso de convencionalidad, es la determinación de la fuente de la obligación del control difuso de convencionalidad, la determinación de los órganos estatales competentes para aplicar esta técnica.

Sub Hipótesis 1:

La fuente de la obligación del control difuso de convencionalidad, impuesto a los órganos internos del Perú, son las normas internacionales, y la Constitución política del Perú.

Sub Hipótesis 2:

Los órganos estatales internos que se encuentran vinculados con la obligación de realizar el control difuso de convencionalidad, son todos los órganos del

estado, unos pueden realizar el control represivo, y otros el control armonizante.

6. DISEÑO DE CONTRASTACION.

6.1 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

Sub Hipótesis 1:

La fuente de la obligación del control difuso de convencionalidad, impuesto a los órganos internos del Perú, son las normas internacionales, y la Constitución política del Perú.

COMPONENTES: VARIABLES.	
Denominación	Definición
Fuentes de la obligación del control difuso de convencionalidad.	Normas o jurisprudencia donde nace la obligación del estado peruano, de aplicar el control de convencionalidad
Normas internacionales.	Convenciones internacionales, y derecho de los tratados.
Constitución política del Perú	Carta magna del estado peruano

Sub Hipótesis 2:

Los órganos estatales internos que se encuentran vinculados con la obligación de realizar el control difuso de convencionalidad, son todos los órganos del estado, unos pueden realizar el control represivo, y otros el control armonizante.

COMPONENTES: VARIABLES.	
DENOMINACIÓN	DEFINICIÓN
Órganos estatales	Todos los órganos de la

	administración pública, incluyendo los organismos constitucionalmente autónomos.
--	--

6.2 . UNIVERSO Y UNIDADES DE ANÁLISIS.

6.2.1. UNIVERSO.- el universo lo constituye el control difuso de convencionalidad, como técnica de control normativo, utilizado para adecuar el derecho interno a los cánones internacionales.

6.2.2. UNIDADES DE ANALISIS:

- Fuente de la obligación del control difuso de convencionalidad.
- La Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre derecho de los tratados.
- Constitución Política del Perú.
- Órganos que se encuentran obligados a aplicar el control difuso de convencionalidad.
- Órganos jurisdiccionales internos.

6.3 TIPO DE LA INVESTIGACIÓN.

La investigación es de tipo no experimental.

6.4 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.

El enfoque de la investigación es cualitativo, dado que no se han tomado datos numéricos, solo se ha desarrollado el trabajo desde una óptica teórica.

6.5 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.

El alcance de esta investigación, fue **descriptivo**, ya que por un lado se describió el control de convencionalidad, y su influencia en el derecho interno, al mismo tiempo que se estableció la relación de correspondencia del el sistema constitucional peruano, a la doctrina del control de convencionalidad, es decir como se ha adaptado el sistema peruano, al control

de convencionalidad, tanto a nivel de la obligación, es decir de las fuentes, como a nivel del operador jurídico que puede aplicar esta técnica de control.

6.6 METODOLOGIA

La investigación será de carácter analítico, deductivo.

**CAPÍTULO II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD, NOCIONES GENERALES.**

SUBCAPITULO I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Antes de hablar del control de convencionalidad necesariamente debemos hablar del control de constitucionalidad, lo ha establecido Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en una opinión que comparto, acota, que el control de convencionalidad, no es más que el desarrollo del control de constitucionalidad, centrándonos en el contexto posterior a las segunda guerra mundial después del sufrimiento que vivió la humanidad ha expresado:

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos). El derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos inicia una transformación importante, surge así el derecho internacional de los derechos humanos donde la interacción entre los derechos internacional. Constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de “soberanía” y de los estados nacionales⁹.

Pues bien. Se inició así el proceso de formación de un derecho internacional, que protegiera los derechos humanos, al mismo que se le otorgo las garantías necesarias, para que este fuera cumplido por los estados, provocando una suerte de exportación del derecho constitucional, y de sus garantías.

En ese sentido el control de convencionalidad, es un reflejo del control de constitucionalidad, basado este en la primacía constitucional, y aquel en la primacía de los derechos humanos, naturalmente la definición que se puede dar a esta figura, es

⁹FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional” Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

una adecuación del concepto de control de constitucionalidad, y que como se asume en este trabajo, realizando este control de constitucionalidad también se está realizando el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se puede definir, entonces como:

El ejercicio de contraste que se ejerce, en la actividad judicial¹⁰, frente al conflicto de una norma de origen interno, contraria al canon interamericano, conformado por los convenios y tratados que conforman el SIDH y por la jurisprudencia de la Corte IDH. Primigeniamente este ejercicio de control normativo ha sido utilizado en la esfera de los derechos civiles y políticos, desde luego siendo aplicable en las esferas, de los derechos económicos sociales y culturales, y en otros dispositivos, que tienen un nivel o rango normativo superior al derecho nacional de los estados¹¹.

En concreto el juez nacional, debe realizar este ejercicio, tomando como parámetro controlador a la CADH y a las interpretaciones que la Corte IDH haga de esta, toda vez que los estados del sistema interamericano, están obligados no solo a cumplir con la parte normativa de la CADH, sino que quedan vinculados también con las jurisprudencia de la Corte IDH, para NESTOR PEDRO SAGÜES eso se obtiene a partir de una interpretación mutativa por adición¹².

Esta técnica de control normativo encuentra su fundamento primario, en el principio de prevalencia del derecho internacional, y cuando hablamos como en este caso del sistema interamericano de derechos humanos, existe para garantizar la supremacía de estos – derechos humanos- sobre el derecho interno, en principio podemos afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, el mismo que ha sido recogido por el convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969:

¹⁰ El aparato judicial realiza esta labor por excelencia no descartándose que pueda ser aplicado por otros órganos del estado.

¹¹ En muchos estados, el derecho internacional de los derechos humanos, tiene ese rango superior, empero sus constituciones atribuyen el rango de constitucionalidad a estos derechos.

¹² En esta, el texto normativo permanece incólume, agregándose al mismo las interpretaciones que se haga de la Convención Americana.

“una parte no puede 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”¹³.

En ese sentido el derecho interno no debería representar un obstáculo para la plena vigencia del derecho internacional, máxime si hablamos de convenciones, que tienen una naturaleza distinta a los demás tratados, ya que en estos, los estados se obligan pero no en una relación interestatal, sino en una relación con sus nacionales, es decir esta obligación es única, cuyo cumplimiento se realiza a favor de sus nacionales, los que se concretan para el caso como sujetos del derecho internacional.

Con el control de convencionalidad, impuesto como obligación ex officio a los jueces nacionales, se reconceptualiza al individuo como sujeto de derecho internacional,¹⁴ lo hace el beneficiario de una obligación de custodia de sus derechos, por parte del juez nacional, quien al contrastar la norma nacional con la CADH, se constituye en un juez interamericano¹⁵.

El control de convencionalidad aparece según algunos autores, como función de la Corte IDH, del mismo texto de la CADH, y el control por parte de los jueces nacionales aparece a partir de una serie de votos singulares, del juez García Ramírez, en 2003¹⁶.

Respecto a su aparición en los escenarios internacionales, la figura no es nueva, esta es aplicada en una de sus clases como veremos más adelante, por la Corte IDH hace

¹³ NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

¹⁴ Tradicionalmente se entendía a la persona como sujeto del derecho internacional de manera excepcional, cuando agotaba la vía interna pasando a la tutela de la Corte IDH, con el control de convencionalidad existe una relación procesal en la que el sujeto sigue siendo la persona, pero no es necesario el agotamiento de la vía interna, es decir el control de convencionalidad ha hecho que los derechos humanos y la personería de derecho internacional, persiga a la persona a la sede nacional.

¹⁵ SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx.

¹⁶ TORRES ZÚÑIGA, Natalia; “El control de Convencionalidad: deber complementario del Juez constitucional Peruano, y el Juez interamericano”. Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú. Pag.22.

un tiempo considerable, aunque no se le llame de esa manera exactamente, una de sus manifestaciones, es la opinión consultiva.

El control de convencionalidad difuso, aunque no con el nombre propio de la figura, parte de una serie de votos singulares del juez García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang¹⁷.

Es en el año 2006 que se empezó a hacer uso del término para referirse a la obligación que tienen los jueces nacionales de inaplicar las normas contrarias a la CADH¹⁸, esto a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, al respecto podemos mencionar, Almonacid Arellano Vs Chile; del 26 de setiembre del 2006, considerandos 124¹⁹ y 125, sus rasgos esenciales son completados por dos sentencias más, en los casos Trabajadores Cesados Del Congreso Vs Perú del 24 de noviembre del 2006 considerando 128 y Radilla Pacheco, del 23 de noviembre del 2009, considerandos 338 al 340.

El control de convencionalidad como lo establece Néstor Pedro Sagüés, no es una creación exclusiva de la jurisprudencia del sistema interamericano, ya que ha tenido también sus manifestaciones, en el sistema europeo, en donde tiene sus antecedentes.

La doctrina del control de convencionalidad es una de los instrumentos más útiles para elaborar un *ius commune* en materia de derechos humanos, dentro del SIDH, además representa una de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público sobre el derecho constitucional, y subconstitucional de la región latinoamericana, con este fundamento la Corte IDH tiende a perfilarse también como

¹⁷ Corte IDH caso “Myrna Mack Chang Vs Guatemala”. sentencia del 2 de noviembre del 2003, Serie C no. 101. Voto Razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez.

¹⁸ Entendido este como el conjunto de convenciones relativas a los derechos humanos, en la región latinoamericana.

¹⁹ “La corte es consiente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la convención americana, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de las 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 que aplican a 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 la interpretación que del mismo a hecho la Corte Interamericana, interprete última de la convención americana”.

un tribunal regional de casación, con el objetivo de crear una jurisprudencia uniforme, en materia de derechos humanos²⁰.

2. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El control convencionalidad no es una creación exclusiva del sistema interamericano de derechos humanos, ni puede prodigarse solo de los instrumentos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos, sino que esta figura tiene su igual en el sistema Europeo, y se puede aplicar respecto del sistema Universal de los derechos humanos.

El sufrimiento de la raza humana, en la segunda guerra mundial hizo que la humanidad despertara, a una realidad sumamente preocupante, el respeto de los derechos humanos fundados en la dignidad del hombre no encontraba garantías ni instrumentos para su respeto. En este marco, surge el más grande sistema de protección de los derechos humanos, el sistema universal, y posteriormente ellos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, parecería ocioso respecto del tema en análisis, hacer mención a estos sistemas, sin embargo por la posición asumida en este documento, es imperioso hacer un análisis de los diferentes sistemas,

2.1 SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

La carta de las naciones unidas, representa el inicio de este movimiento, en su preámbulo se refiere a la necesidad de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de naciones grandes y pequeñas. Los derechos y libertades deben además tener efectividad, como lo expresa el artículo 56 inciso C de dicho instrumento fundacional.

²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Derecho internacional, y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano” consulta 11 de junio del 2013. <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>>

La comisión de derechos humanos, hoy consejo, se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal De Derechos Humanos, aprobada en París por la Asamblea general de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Esta declaración constituye el primer paso de lo que Ferrer Mac Gregor, a denominado la internacionalización del derecho constitucional²¹, toda vez que establece un catálogo de derechos para la humanidad, si bien la declaración en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se la ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales y regionales, incluso por los propios ordenamientos, y tribunales nacionales, un caso claro de esto es el peruano, mediante la cuarta disposición final y transitoria. A partir de entonces se vienen aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, además paralelamente a esta regulación convencional de derechos, se han creado comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los estados signatarios, así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales²².

2.2.1. USO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA ONU.

El control de convencionalidad, puede predicarse también con el sistema ONU, u otros tratados, debemos entender que este, puede practicarse de manera indirecta y directa, y se pronuncia con mayor incidencia en la constitucionalizan del derecho internacional, en este caso del sistema universal de derechos humanos.

²¹ FERRER MAC GREGOR; Eduardo. Op. Cit. p. 160.

²² La Corte Internacional De Justicia, Es El Órgano Principal De Las Naciones Unidas, posteriormente se han creado otros tribunales como el Tribunal Del Mar, La Corte Penal Internacional, y en la misma materia, los Tribunales ad hoc.

Xavier Beaudonnet²³ da cuenta del uso de los convenios y jurisprudencia internacional en materia laboral, aunque no hace el uso del término control de convencionalidad, de manera expresa. Indica que los tratados, vinculados al derecho del trabajo son utilizados de diversas formas por los jueces nacionales, una de estas es, el contraste que realizan los jueces, del tratado con las normas de origen nacional²⁴, ya sea para inaplicar la disposición interna por ser menos favorable o para invalidar la norma interna.

Para el caso de la invalidación el autor cita el caso de Colombia, en que la Corte Constitucional, invalidando una ley que limitaba el acceso de los trabajadores extranjeros a los puestos directivos, la Corte indicó que se había vulnerado el artículo 3 del convenio 87 de la OIT, “libertad sindical, y protección del derecho de sindicación” que reconoce a los sindicatos el derecho de elegir libremente a sus representantes.

Si queremos ir todavía más allá, en cuanto a la injerencia del DIT en las esferas internas de los estados, en el mismo documento Xavier, cita el caso de Costa Rica, un caso de ausencia normativa, integrada por el DIT. Ante la ausencia de una legislación que instituyera un fuero sindical para los dirigentes sindicales, y en un contexto de libre despido, La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, se basó directamente en el artículo 1 del convenio 98 de la OIT para ordenar la reinstalación de varios delegados que habían sido despedidos a raíz de su actividad sindical, toda vez que el convenio mencionado reconoce a los trabajadores el derecho a una protección adecuada contra la discriminación sindical, sin calificar si dicha disposición es de carácter auto ejecutivo o programático, la corte recordó que los convenios internacionales ratificados son de obligatorio cumplimiento y consideró que se desprende de la letra y espíritu de la disposición señalada la prohibición de los

²³ BEAUDONNET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha”. Derecho del trabajo, Buenos Aires, 2006, p. 245, consulta, 14 de junio del 2013; <http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2012/documentos/obj01_act18_2012_beaudonnet_utilizacion_dit_derlab_2010.pdf>

²⁴ Ibíd. p. 255.

despidos basados explícita e implícitamente en la actividad sindical de los trabajadores²⁵.

A partir de este caso, entendemos la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en las esferas internas de los Estados, sea cual fuere su denominación, o como se dijera en el argot jurídico, su generación, ya que en términos generales, el control de convencionalidad como es entendido por la mayoría de los estados, constituye una obligación exigible en virtud de los principios propios del derecho de los tratados.

Así, debemos entender, que el control de convencionalidad puede extenderse a todas las esferas de los derechos humanos alcanzando en último término a los derechos humanos de tercera generación. Este proceso se concreta a través de la constitucionalización del derecho internacional, y del principio de adquisición de los derechos humanos²⁶.

2.2. SISTEMAS REGIONALES

En la actualidad existen sistemas regionales de protección de los derechos humanos, los mismos que han surgido como intentos regionales de protección de los derechos humanos, complementando el sistema universal. A saber, son tres los sistemas regionales de protección de los derechos humanos: el sistema europeo; el sistema latinoamericano y el más joven de los tres, el sistema africano, en este documento, trataremos, el sistema interamericano y su influencia en el derecho interno del Estado Peruano.

²⁵ Ibid. p. 251.

²⁶ Por el principio de adquisición de los derechos humanos, la constitución en virtud de las cláusulas constitucionales, toman el derecho internacional, y la hacen parte del texto constitucional, propio de un estado, es decir el derecho internacional, trasciende la barrera de la soberanía, y alcanza el derecho doméstico, con rango, constitucional.

2.2.1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA EUROPEO.

En Europa, el control de convencionalidad, tiene una doble estructura, cuando hablamos del control de convencionalidad que está a cargo de los tribunales internacionales, por un lado está el Tribunal De Justicia De La Unión Europea, con sede en Luxemburgo, cuyos antecedentes se han convertido en emblemáticos en materia de control de convencionalidad.

Por otro lado tenemos al tribunal europeo de derechos humanos, con sede en Estrasburgo, que cuenta con la participación de 47 estados, y tiene su base en el Convenio Europeo De Derechos Humanos, este tribunal practica por sí mismo el control de convencionalidad, incluso sobre las constituciones locales, inaplicando las normas nacionales opuestas al pacto, en algunos casos se utiliza para contrarrestar las acciones de los estados, y en otros las omisiones del legislador, ambos en contra del convenio.

En cuanto al control por parte de los jueces nacionales, el Tribunal De Justicia de las Comunidades Europeas (hoy tribunal de justicia de la unión europea), en el caso *administration des finances italiannes c. simenthal*, atribuye a los jueces nacionales la obligación de aplicar el control de convencionalidad, bajo los siguientes términos:

El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena vigencia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

Para Néstor Sagüés, se puede inferir de este pronunciamiento que el derecho interno no puede impedir la aplicación del derecho comunitario, pero el derecho comunitario si puede impedir la aplicación del derecho doméstico, y que no es necesaria la

declaración de inconstitucionalidad de la norma doméstica para que el juez nacional deje de aplicarla²⁷.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este no se ha pronunciado con la fuerza que lo hiciera el tribunal de justicia de la unión europea, aquel, no impone a los jueces nacionales la obligación de realizar un control de convencionalidad, sin embargo ha establecido que los estados deben establecer mecanismos, incluso legislativos, para remediar el incumplimiento reiterado de sus obligaciones contraídas según la convención.

En Europa en virtud de estos pronunciamientos, los estados partes han establecido la obligación de los jueces nacionales de realizar el control de convencionalidad, así lo hace por ejemplo Francia, en la que se usa la figura, para hacer mención a la contratación de las normas nacionales, y las normas del convenio.

2.2.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SIDH.

Para algunos autores el control de convencionalidad, es un concepto nuevo, producto del dinamismo jurídico interamericano, lo cierto es que el termino no es tan novedoso de hecho es usado hace años en la Comunidad Europea²⁸, para hacer referencia a la labor de contrastación de los jueces nacionales, que realizan, entre el Convenio Europeo, y las normas de origen nacional, paralelamente también hace referencia a la labor de contrastación del Convenio Europeo con las normas nacionales de la región, por parte del Tribunal Europeo²⁹

En el SIDH como se mencionó líneas arriba, el control de convencionalidad se venía realizando por la Corte IDH - mucho antes de que se hiciera mención a la figura como obligación internacional, a partir de las opiniones consultivas, y los casos que

²⁷ SAGÜES, Néstor. *Supra*, nota 15.

²⁸ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Op. Cit.* p.24.

²⁹ PAQUINO, Pascuale. "The New Constitutional Adjudication in France", p. 11. Consulta: 15 de junio de 2013.< <http://www.astrid-online.it/>>

fueron ventilados en esta sede, como parte de las funciones la Corte IDH. También se había utilizado ya por los tribunales y jueces nacionales.³⁰

El término usado como la obligación impuesta a los estados – a los jueces nacionales en sentido estricto- aparece a raíz de una serie de casos, entre ellos el primer caso en que se mencionó de manera explícita, fue en el caso *Almonacid Arellano Vs Chile*, en el cual hace mención a la obligación de los jueces nacionales, como parte del aparato estatal³¹, que se ha obligado con la convención, mediante su ratificación, a realizar una especie de “control de convencionalidad”³² de las normas nacionales, además agrega que un estado no puede alegar el derecho interno como causa para incumplir obligaciones internacionales, principio propio del derecho internacional público.

El concepto fue después completado por una serie de casos, en los que se configurará el control de convencionalidad como lo concebimos hoy, entre ellos podemos mencionar *Trabajadores Cesados Del Congreso*, *Radilla Pacheco*, *La Cantuta*, *Rosendo Cantú*, etc.

Debemos agregar además la función de la jurisprudencia en el SIDH y la implicancia de la interpretación mutativa por adición, que señala Pedro Sagüés al establecer que al texto convencional, se le agrega además las interpretaciones que hace la Corte IDH, y que es también de obligatoria observación por el juez nacional, así lo ha expresado la misma, en el caso *Almonacid Arellano*, en el considerando 124 en el que establece la obligación del juez nacional de ejercer una especie de control de convencionalidad no solo teniendo en cuenta el tratado, sino también la interpretación que la Corte IDH haga de la convención, de esta manera se configura el carácter obligatorio que tienen las interpretaciones que de la CADH hace la corte, independientemente de la figura a la que debe su origen.

³⁰ Por ejemplo estados como Perú y Venezuela habían practicado este control desde la década de los 90.

³¹ Nótese que la Corte IDH, no establece que esta obligación sea única y exclusiva del poder judicial, sino que establece la obligación, que es atribuida al juez nacional, como parte del estado, que es en resumidas cuentas el obligado, en esta línea de visión podrían estar también obligados otros órganos estatales.

³² Corte IDH, caso: “*Almonacid Arellano vs Chile*” excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de setiembre del 2006. Serie C 154. Párrafo 124.

2.2.2.1. PARÁMETRO CONTROLADOR.

Conviene dada la naturaleza de la figura jurídica del control de convencionalidad, y el debate del iusnaturalismo o iuspositivismo³³ de la cláusula de apertura constitucional, establecer los instrumentos que conforman el canon de convencionalidad en el SIDH, entendido este como el conjunto de convenciones destinados a la protección de los derechos humanos, para garantizar la plena vigencia de estos y la efectiva protección de la dignidad humana; esta además decir que la CADH es el parámetro controlador por excelencia en el SIDH. Además debemos mencionar la jurisprudencia y doctrina que sea el resultado de la interpretación que le da la Corte IDH, a la Convención Americana De Derechos Humanos, ya que estas interpretaciones, son parte del canon internacional, así fue expresado en el caso *Almonacid Arellano*, en su considerando 124, al establecer que los jueces no solamente deben observar la convención misma, sino la interpretación que la Corte IDH haga de la misma, ya que es la interprete última de la convención, esto concuerda con el texto de la CADH³⁴, que establece como competencia de la Corte los casos cualquiera que sea, relativos a la **“interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana”**.

Lo anteriormente establecido no debe ser entendido desde una perspectiva excluyente, es decir que el hecho que la CADH establezca la competencia de la Corte IDH como interpretación y aplicación de la convención, no excluye a otros dispositivos internacionales que tienen el mismo fin, entre los cuales debemos mencionar a la Declaración Americana De Deberes Y Derechos Del Hombre, La Convención Americana Sobre Desaparición Forzada De Personas, Convención Americana Para Prevenir Y Sancionar La Tortura; estos instrumentos internacionales, estos son llamados protocolos adiciones, y complementan la CADH toda vez que desarrollan una situación social que vulnera los derechos humanos, y los mecanismos para prevenirla, afianzando el alcance de la misma, además debemos agregar que la Corte IDH ha aceptado válidamente la aplicación de estos

³³ La doctrina no se ha puesto de acuerdo, en si la apertura constitucional, nos remite al iusnaturalismo, o al iuspositivismo, en este documento, se ha adoptado la segunda posición.

³⁴ *Convención Americana de Derechos Humanos*; artículo 62.1 y 62.3.

dispositivos en los casos llevados a su jurisdicción, siendo utilizados estos instrumentos para fundamentar en la esfera jurídica, los casos que se han ventilado en la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Estos protocolos adicionales funcionan de manera similar a la leyes de desarrollo constitucional, es decir, la inconvencionalidad de una ley interna de un estado, se verifica tras la verificación además de la convención americana del protocolo adicional pertinente, vale decir que estaríamos frente a una inconvencionalidad indirecta, ya que la ley interna puede parecer conforma a la convención, sin embargo contraviene un protocolo adicional, que funciona como *protocolo de desarrollo convencional*.

En el caso de la DADDH, es parte del *corpus iuris*, del ámbito interamericano que se encuentra conformado por los tratados del SIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto bajo el sustento de que existe una costumbre internacional, relativa a la obligatoriedad del contenido de la DADDH.

A esto además debemos agregar la estrecha relación entre la CADH y la DADDH, toda vez que la CADH en su artículo 29.d establece que los derechos reconocidos en el segundo de los instrumentos, no pueden interpretarse de manera que excluyan a los derechos reconocidos en el primer instrumento, o limiten los efectos de la misma, en este sentido la convención americana reconoce la importancia, y cierto grado de obligatoriedad, de la declaración americana, de tal manera que le otorga contenido a la convención, la que al final es el instrumento de imperativo cumplimiento, y total obligatoriedad.

Aunque la declaración americana es usada por la Corte IDH de forma indirecta, dándole contenido a la convención, empero, esto no impide que sea aplicado de forma directa, sobre todo por los jueces nacionales, en argentina por ejemplo, esta tiene rango constitucional, en ese sentido, los jueces nacionales pueden aplicar directamente este documento, aplicando un control de convencionalidad.

En el caso Peruano, el bloque constitucional referido al derecho internacional, establece el rango constitucional de los derechos humanos, esto cuando establece la

entrada de un tratado en el derecho peruano vía reforma constitucional, cuando este contradiga la Constitución, además de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, la que otorga a los convenios sobre derechos humanos, la calidad de parámetros controladores de interpretación.

El doctor Eduardo Ferrer Mac Gregor establece además otros dispositivos internacionales bajo la denominación de protocolos adicionales³⁵ entre ellos menciona al Protocolo Adicional En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (Protocolo De San Salvador); Protocolo Relativo A La Abolición De La Pena De Muerte; (Asunción, Paraguay, 1990); asimismo señala otros instrumentos importantes como la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; declaración de principios sobre la libertad de expresión; carta democrática interamericana; convención interamericana sobre la corrupción; entre otros.

Para comprender a de manera completa es mejor que hagamos un análisis del el “El bloque de convencionalidad”, llamado de esa manera por el Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su voto concurrente y razonado en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores*”³⁶.

2.2.2.1.1. Bloque de convencionalidad, un bloque variable y elástico.

El bloque de convencionalidad ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, extendiendo los alcances del bloque de convencionalidad a otros instrumentos que integren el corpus iuris interamericano, claro está que se encuentran incluidos, los protocolos adicionales, anteriormente mencionados.

³⁵ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Supra. Nota 9.

³⁶ Corte IDH. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C 220. Voto razonado y concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor. Párrafo 26.

El problema es ahora si pueden integrar el bloque de convencionalidad otros convenios o tratados que tengan contenido de derechos humanos, pero que no integran el corpus iuris interamericano.

Si nos ceñimos estrictamente a la competencia de la Corte IDH, esta al verse limitada en la competencia exclusiva de la CADH, ha utilizado otros instrumentos sobre los cuales no tiene competencia, para darle contenido a la Convención Americana.

También podemos utilizar la propia Convención Americana, para establecer la relación, entre la misma y otros instrumentos internacionales, así el artículo 29 de la Convención, que contiene normas de interpretación, en su literal b) indica que ninguna disposición de la convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados.

Siguiendo esa línea de visión, podemos afirmar que si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia convención establece que sus regulaciones no tienen carácter restrictivo, tampoco puede entenderse que otros tratados puedan restringir el ámbito de acción de la Convención Americana.

Al respecto del particular mencionado, podemos citar el criterio de interpretación sugerido por Costa Rica, según ese planteamiento, en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana, fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación a la Convención Americana, debería hacerse tomando en cuenta esas mayores restricciones.

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en continente americano, lo que parece una afirmación errónea, Ferrer Mac Gregor ha firmado al respecto, que al hacer una interpretación de tratados, puede sentarse el criterio que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en

otros tratados que versen sobre la misma materia, también puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal³⁷.

La posición sostenida en este documento abarca más que la Convención Americana, creemos que el bloque de convencionalidad, está conformado, por el corpus iuris americano, y por los instrumentos internacionales, que tengan contenido de derechos humanos, esto según el Estado del que particularmente se hable, así en bloque de convencionalidad varía de estado en estado, sustentamos esta posición en el hecho de la constitucionalización del derecho internacional. Los instrumentos internacionales impropios del corpus iuris interamericano, son parte del derecho nacional de los estados, es lógico entonces que si estos son más favorables se prefiera, sobre la convención. Ya que son parte del derecho de los estados, sin perder la característica de pertenecer al derecho interno de fuente internacional.

2.2.2.2. OBJETO DEL CONTROL.

El control de convencionalidad, puede ejercerse, según la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto sobre actos de los órganos públicos, como sobre las normas y omisiones estatales, en ese sentido un estado es internacionalmente responsable, por los actos de cualquiera de sus órganos³⁸, por las normas de carácter legislativo o de cualquier otro³⁹, y por las omisiones legislativas.

Sobre la última, por ejemplo podemos mencionar el hecho de que un estado, no ha tipificado un delito, sancionado por la Convención Americana o sus protocolos adicionales, así por ejemplo cuando un estado no tipifique el delito

³⁷ FERRER MAC GREGOR; Eduardo, “Interpretación Conforme y control difuso de convencionalidad” el nuevo paradigma para el juez mexicano, pág. 388. Consulta 27 de junio de 2013. <http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf>

³⁸ Un estado también puede ser responsable por los actos de terceros, que vulneren los derechos fundamentales, siempre que aquel, no preste los mecanismos necesarios sus nacionales, para la defensa efectiva de sus derechos.

³⁹ HITTERS, Juan Carlos. “el control de convencionalidad, y el control de constitucionalidad” comparación. (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos). Visita realizada el 23 de junio del 2013, <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>.

de tortura, causando en consecuencia un vacío legal que permite la agresión de los derechos a la integridad física y moral.

2.2.2.2.1. Los actos.

Los actos, se encuentran sujetos al control de convencionalidad en tanto, tienen como resultado una violación a un derecho consagrado por la Convención Americana, en ese sentido puede ser abordado desde dos perspectivas dependiendo de dónde emanen.

Así si un acto de un órgano público emana de una norma, es decir es realizado merced a un mandato legal, la responsabilidad internacional, es única y exclusivamente del estado, sin embargo puede darse la situación, de que una violación, de un derecho por un acto de un órgano del estado, sea producto únicamente de la voluntad del órgano mencionado, lo que causaría responsabilidad individual del órgano, si el acto mencionado configurara un crimen internacional, y además causara responsabilidad del estado si esto no ha regulado el delito en su derecho interno, causándose una responsabilidad por omisiones legislativas.

Como es de advertir, la responsabilidad internacional puede tener variados matices y combinaciones, si es que nos basamos en el acto como objeto del control de convencionalidad.

Por otro lado no podemos dejar de advertir, que el control de convencionalidad a resultado también de una extensión o si se prefiere de una exportación de conceptos del control de constitucionalidad, así cuando se afirma que también está sujeto al control de convencionalidad los actos de los órganos del estado, se está haciendo una reproducción de la teoría del control de constitucionalidad, el que se aplica para controlar la constitucionalidad de las leyes, y “de los actos de los órganos públicos”, cuando este acto lesione, el orden constitucional.

Si deseamos hacer una extensión de este concepto, podemos afirmar que cuando un acto de un órgano viole un derecho reconocido por la CADH, este acto puede ser controlado.

Nuestra posición, no concuerda por completo con la doctrina hasta ahora señalada, somos de la idea de que un acto, como una manifestación de poder, no puede ser en esencia controlado, sino solo sus efectos, y además, en rigor de verdad el acto no se controla se repara, toda vez que ya cometido, ha desplegado sus efectos en la esfera de los derechos individuales.

En ese sentido concurrimos en la idea de que un acto puede ser objeto de un examen de constitucionalidad- convencionalidad, pero no objeto de control, sino de reparación y prevención, A diferencia de las normas, que constituyen un mandato que surtirá efectos y aplicándose a otros casos, mientras no se declare su inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

2.2.2.2. Las normas y omisiones.

Teniendo en cuenta los conceptos esgrimidos sobre el control de convencionalidad, no es tarea difícil determinar que la norma objeto del control, es la norma nacional del ámbito regional latinoamericano -toda vez que el estado del que se controle las normas, haya ratificado la convención americana-, o en su caso atendiendo a los sistemas regionales⁴⁰, las normas de los estados pertenecientes a su sistema. En ese sentido las normas objeto del control, son todas las normas internas de un estado, independientemente de su rango, esta regla no aplica de manera general para el caso de las constituciones de los estados, ya que no todos han aceptado el derecho internacional de los derechos humanos, como un ordenamiento superior incluso a su propia constitución, existen estados que le atribuyen el rango supraconstitucional y otros, rango infra constitucional.

Ahora bien, el control de convencionalidad, en sus manifestaciones, podemos encontrar diferente sentido e incluso la norma controlada puede tener conceptos más

⁴⁰ A saber estos son los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos: Sistema latinoamericano; Sistema Europeo; Sistema Africano.

amplios, según sea el tipo que se quiera aplicar, con anterioridad hemos mencionado, que el control de convencionalidad, puede ser de manera directa, o de manera indirecta.

Si asumimos la manera directa de control de convencionalidad, tendríamos de manera inmediata como canon controlador a la convención americana, lo que nos daría como resultado que el control de convencionalidad se puede aplicar incluso sobre la propia constitución, es el caso “*La Última Tentación de Cristo*”, la corte exigió al Estado Chileno la modificación de una cláusula constitucional, sobre censura televisiva, esto ocurrió finalmente.

Siguiendo esta línea, los órganos aptos para realizar el control de convencionalidad, también tienen una variación, puesto que lo serían los órganos, además de los jurisdiccionales, los órganos vinculados a la administración de justicia, además del poder legislativo, y ejecutivo, y hasta como en el caso mexicano, los órganos administrativos, aunque estos, lo harían en el sentido más suave, armonizando el derecho interno con el internacional. Para esto no es necesario, que un estado mediante un acto de reconocimiento y delegación de esta facultad, lo haga a favor de los órganos antes mencionados, ya que el imperativo del control de convencionalidad, no pasa por un acto de delegación de un órgano interno, sino que es un imperativo directo⁴¹.

Si tomamos el control de convencionalidad, indirecto, en el caso específico de la constitucionalización del derecho internacional, el control se ejercería, en virtud de la propia Constitución, es decir el contenido que ha adquirido la Constitución, desde los convenios internacionales, sería el parámetro controlador, identificándose este control, con el control de constitucionalidad, este fenómeno configuraría, una incertidumbre el en caso de los órganos legitimados para ejercer el control de convencionalidad, puesto que, según este modelo, los órganos legitimados para realizar el control normativo, estarían definidos por la propia constitución,

⁴¹ SAGÜES, Néstor pedro. Supra. nota 15. Pág. 384.

excluyendo a los órganos que la Corte IDH ha señalado⁴², conviene aquí mencionar el alcance que tendría la jurisprudencia de la corte interamericana, sobre cuestiones competenciales y su recepción en las constituciones americanas.

Por otro lado se encuentran las omisiones legislativas, que también pueden ser objeto del control de convencionalidad, ya que estas también pueden representar una violación al Pacto de San José de Costa Rica.

Estableciendo una comparación, con el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, podemos afirmar que se trata de una suerte de fiscalización de la inacción del legislador.⁴³

Se trata entonces de omisiones convencionalmente relevantes, en consecuencia sujetas al control. Es evidente, que se encuentra implícita en la Convención Americana, una obligación de desarrollo de los derechos en ella reconocidos, ya que representa parte de la obligación general de adecuación del derecho interno a la CADH, en ese sentido es lógico, que cuando un estado omita desarrollar legislativamente un derecho, está incumpliendo una obligación.

Cabe recalcar que dentro de la norma controlada, también se encuentra las interpretaciones que haga el juez local, tanto de su legislación, como de la internacional, debido a que la interpretación que haga un juez, también es norma.

2.2.2.2.3. El control de Convencionalidad sobre las Constituciones.

Como se expresó líneas arriba, las normas objeto del control son las normas constitucionales y sub constitucionales, cuando hablamos de la ultimas no hay mayor problema, este surge cuando abordamos el control practicado sobre las normas constitucionales.

⁴² Al respecto véase los casos, “Almonacid Arellano vs Chile”; “Cabrera García y Montiel lores vs México”

⁴³ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas Cuestiones Dogmáticas” pag 14. Visita realizada el 27 de junio del 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art02.pdf>

Las constituciones de los estados de América, reconocen diferentes niveles o rangos que tienen las normas de origen internacional, referentes a los derechos humanos, así existen estados que reconocen rango supraconstitucional, por ejemplo el caso de Chile, en la que la Corte Interamericana, exigió la reforma de una cláusula constitucional, este supuesto no sucede con las constituciones, que aceptan el nivel constitucional de la CADH, en este supuesto solo prosperará, el control en su sentido más suave, es decir interpretativo, Néstor Sagüés, al respecto ha dicho, a modo de ejemplo:

Si una cláusula constitucional, permite dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga al Pacto de San José de Costa Rica, a contrario sensu, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional y sub constitucionales, que resulten incompatibles con la convención.⁴⁴

Esto evitaría el choque frontal entre la norma convencional, y la norma constitucional, además de ser la única alternativa, de control de convencionalidad, sobre las constituciones, que no reconocen el rango supraconstitucional de la convención, lo que queda por saber es la reacción de los estados con este tipo de aceptación⁴⁵, cuando la Corte Interamericana, declare alguna cláusula constitucional, como inconvencional y exija su reforma.

⁴⁴ SAGÜES; Néstor Pedro. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”. La Ley, Buenos Aires, 19 de febrero del 2009. B. p. 761.

⁴⁵ SAGÜES; Néstor Pedro. Supra nota 15. Los tipos de aceptación de los estados son cinco, a saber: *aceptación expresa*: esta aceptación, es expresa, y consiente completamente la tesis fijada por la Corte Interamericana, por ejemplo el caso de Argentina, que aplicando esta doctrina a inaplicado normas de gran importancia, y hasta a modelado la vigencia de algunas normas constitucionales. *Aceptación tácita calificada*: en este modelo, se reconoce un rango cuasi supraconstitucional de la convención Americana, por ejemplo es el caso de Costa Rica. *Aceptación tácita parcial*: en este modelo la Convención tiene rango constitucional, naturalmente se puede realizar control de convencionalidad destructivo a las normas subconstitucionales, no así en las constitucionales, sobre las que solo se aplicaría el control constructivo. *Silencio*: en este modelo no existen pronunciamiento sobre la aceptación o rechazo de la doctrina de control de convencionalidad por ejemplo Brasil. *Negación tácita “doctrina del nacionalismo constitucional absoluto”*: la constitución está sobre el pacto, y en consecuencia no acepta la doctrina del control de convencionalidad, por ejemplo el caso de Venezuela, en el que para que las sentencias de la Corte Interamericana, existe una especie de proceso de exequátur.

Aunque podemos adelantarnos y afirmar que será rechazada, sino solo basta revisar el caso de Venezuela, en este país, las sentencias de la Corte IDH, no tienen efectos inmediatos, sino que se realiza una suerte de exequátur para validar las sentencias del Tribunal Interamericano

2.2.2.2.4. La jurisprudencia constitucional como norma controlada.

Líneas arriba mencionamos dentro de las normas sujetas al control de convencionalidad se incluyen a las interpretaciones que de las disposiciones haga el juez nacional, ya que estas también constituyen norma⁴⁶, en ese sentido podemos hablar del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia constitucional.

Como es evidente, existe un dialogo jurisprudencial, entre la Corte IDH y la jurisprudencia de los tribunales o cortes constitucionales, toda vez que estos últimos, utilizan la jurisprudencia de la corte para darle contenido a sus fallos, y armonizando el derecho convencional con el derecho nacional.

El caso más sobresaliente al respecto, es el caso Castañeda Gutman,⁴⁷ resuelto por la corte IDH el 6 de agosto del 2008. La importancia de este fallo radica en el control que se hizo sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia de México, ya que está dejaba un vacío en la protección judicial, el mismo que es reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana de derechos Humanos, debido a que los individuos se encontraban imposibilitados para defender sus derechos ciudadanos de participación democrática frente al legislador, es decir existía

⁴⁶ DEL TORO HUERTA, *apud*, TORRE ZUÑIGA, op cit. pág. 22

⁴⁷ Haremos una breve reseña de los hechos del caso mencionado: el señor Jorge Castañeda Gutman, pretendió inscribirse como candidato a la presidencia de México el año 2006, negándosele el registro por el instituto federal electoral, debido a que la ley electoral vigente e en ese momento, no permite las candidaturas independientes, sino a través de los partidos políticos, la inconstitucionalidad del precepto fue impugnado en vía de amparo, y la suprema corte de justicia de la nación resolvió por mayoría de votos, que resultaba improcedente en esa instancia jurisdiccional, por que no entro al fondo del asunto.

Es menester aclarar que años atrás la suprema corte de justicia había dejado en claro que no existía control difuso, en ese sentido el tribunal, electoral, no podía dejar de aplicar una norma que considere inconstitucional, siendo la única vía, en el criterio de la corte, la acción abstracta, cuya competencia le corresponde solo a la suprema corte de justicia, tras la desestimación por la suprema corte de justicia de ese pedido, se produce un estado de indefensión. Ese criterio fue superado en 2007 tras la reforma del 13 de noviembre, en esta se permite al tribunal electoral, la posibilidad del control difuso.

en México un vacío, una zona de inmunidad para el control de la constitucionalidad de las normas, esto creado por una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México.

De hecho la sentencia citada se trata de una sentencia de condena parcial, ya que se desestimaron las de la parte denunciante, lo que si se buscó corregir, es el estado de indefensión que provoco la jurisprudencia constitucional.

En esta sentencia, la Corte IDH pone de relieve el doble ámbito de validez de sus fallos, por un lado la corte resolvió sobre las pretensiones del señor Castañeda Gutman en relación con el Estado Mexicano, (conteniendo un fallo parcialmente condenatorio, efecto de cosa juzgada), y además, también se pueden desprender criterios generales a propósito de la interpretación de los derechos humanos que estaban en conflicto en dicho asunto. Para mejor entendimiento del tema, a continuación haremos un análisis si bien no pormenorizado pero que nos permita comprender a cabalidad el tema en tratamiento.

A) fallo parcialmente condenatorio, efectos de cosa juzgada (norma individual).

Si nos centramos estrictamente el e caso en cuestión, debemos mencionar que en este, la Corte Interamericana destacó que en el derecho electoral comparado, coexisten dos sistemas de inscripción de las candidaturas: mediante el registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, y mediante el sistema de registro de candidaturas, por parte de los partidos políticos, junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes; además recalco que ambos son válidos y que cumplen con los requerimientos mínimos para asegurar la libre participación política de los ciudadanos, aclara además que son compatibles con la Convención, y por lo tanto quede en manos de los estados la decisión de cual sistema escoger⁴⁸.

⁴⁸ Corte IDH, Caso, “Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del fundamento 204.

Precisando lo anterior, la Corte Interamericana partió de la premisa de que la Convención se limita a establecer estándares mínimos, para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, y dentro de los cuales los estados pueden legítimamente regular los derechos políticos⁴⁹.

En este pronunciamiento, la Corte Interamericana reconoce la importancia de las particularidades de los estados, así, acoge el argumento de los estados Unidos Mexicanos, que establecen, que el hecho de acoger el sistema de inscripción de candidatos solo mediante un partido político, responde a una necesidad histórica y política. Además la corte agrega que efectivamente este sistema, el adoptado por los estados unidos Mexicanos, es una medida idónea para lograr el para lograr el fin legítimo perseguido.

Finalmente la Corte Interamericana tomo en consideración que la presunta víctima, no argumento ni demostró elemento alguno que permitiera concluir que se le impusieron obstáculos concretos y específicos que significaran una restricción desproporcionada, gravosa, o arbitraria de su derecho a ser votado⁵⁰.

La Corte también desestimo el planteamiento de la violación de la igualdad ante la ley, en ese sentido argumento, que no toda distinción de trato puede ser considerada una violación, máxime si la jurisprudencia ha hecho la diferenciación de los conceptos de distinción y discriminación, afirmando que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención, ya que se enmarcan dentro de la *razonabilidad, proporcionalidad y objetividad*, que por el contrario las segundas suponen diferencias, arbitrarias que redundan en la violación de los derechos humanos.

Violación del derecho a la protección judicial.

Esta constituye el verdadero aporte de este caso a la jurisprudencia y legislación, tanto mexicana como latinoamericana.

⁴⁹ Ídem. Fundamento 149. Esto constituye el reconocimiento de la Corte IDH, de los márgenes de prudencia dentro de los cuales debe operar su función.

⁵⁰ Ídem. Fundamento 202.

En esta apartado la Corte Interamericana, declaró que el Estado Mexicano, violó el derecho a la protección judicial en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos, y de adoptar las medidas legislativas o de otra naturaleza, que fueran necesarias para garantizar y hacer efectivos los derechos protegidos (artículos, 25; 1.1; 2 de la Convención Americana) al apreciar que dentro del Estado Mexicano, existía la imposibilidad –para los particulares- de hacer valer sus derechos fundamentales de participación democrática, frente al legislador. Esto como ya lo hemos establecido, a través de la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia la Corte Interamericana se pronunció en cuanto al cumplimiento de la sentencia, estableciendo que es principio del derecho internacional que toda violación a una obligación internacional, que haya ocasionado daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente, a ese efecto considero que la sentencia constituye per se una reparación, y que el estado mexicano, debe, en un plazo razonable completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de manera que se garantice a los ciudadanos, de forma efectiva el cuestionamiento de constitucionalidad, de la regulación legal del derecho a ser elegido, asimismo el estado debería publicar en el diario oficial y en otro de mayor circulación, las partes de la sentencias que sean relevantes.

b) la jurisprudencia, cosa interpretada (norma general)

La sentencia contenida en este caso, no implica solo un pronunciamiento jurisdiccional, que estima parcialmente las pretensiones del afectado y se limita únicamente a establecer reparaciones para el caso concreto, debemos entender en ese sentido que sus consideraciones constituyen “criterios generales de validez”, para todos los estados parte, por implicar la interpretación autorizada del contenido concreto de la Convención Americana. Al respecto de los contenidos de la interpretación de la corte sobre los derechos democráticos, podemos mencionar:

Los derechos de participación democrática

En la sentencia se ha dejado claro que los derechos políticos son derechos humanos de los ciudadanos, y que se relacionan con otros derechos contenidos en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, entre otros.

Con este fundamento la corte ha entendido que de los derechos de participación democrática, derivan obligaciones positivas para los estados, con el objetivo de que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos, tenga la oportunidad real para ejercerlos, respetando el principio de igualdad y de no discriminación⁵¹, asimismo establece que los estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades, para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado⁵².

El derecho a la protección judicial.

Este es tal vez el aporte más importante del caso Castañeda Gutman, ya que constituye uno de los casos más relevantes del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia constitucional.

La sentencia de la Corte Interamericana, contiene diversos criterios generales de validez derivados del derecho a la protección judicial, que trascienden al fallo condenatorio, por estar destinadas a regular la actuación de todos los estados miembros en futuros asuntos, así podemos mencionar:

Para la Corte Interamericana la posibilidad real de acceder a un recurso judicial, para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha existido o no una violación de un derecho que la persona que reclama estima tener, en caso de existir una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo (...)⁵³.

⁵¹ Ídem. Fundamentos 140 y 145.

⁵² Ídem. Fundamentos 157, 158 y 159.

⁵³ Ídem. Fundamento 100.

A partir de este razonamiento, la Corte ha entendido que el efectivo acceso a la protección judicial, se configuraba por dos presupuestos, el primero *la accesibilidad del recurso*, y la segunda, *la efectividad del recurso*.

Ferrer Mac Gregor, en un análisis del caso, sintetiza los aportes de la sentencia del caso en análisis, menciona que estos criterios generales de validez, apuntan en tres dimensiones⁵⁴:

En primer lugar se estableció que el registro de candidatos a cargos de elección, puede hacerse válidamente en dos sistemas, tanto mediante los partidos políticos, y también de candidaturas independientes, dejando al estado en ejercicio de su soberanía, la elección del sistema que vaya de acuerdo a su Constitución.

En segundo lugar, los primeros visos del derecho fundamental al control judicial de las leyes en el ámbito interamericano, lo que significa una nueva dimensión. Al derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana, esto significa, el posicionamiento de la mayor importancia en el ámbito latinoamericano relativo a la clásica relación entre derechos y garantías, de este criterio de validez se desprende que los derechos contenidos en la Convención Americana, y de sus protocolos adicionales, constituyen contra poderes, fragmentos de la soberanía popular, en manos de toda la sociedad, en ese sentido la ausencia de las garantías para su efectiva tutela, implica la violación de tales derechos⁵⁵, así no puede establecerse dentro de un estado zonas de inmunidad para el control constitucional de las leyes que impliquen violación a los derechos⁵⁶.

En tercer lugar, que es lo que especialmente nos importa en este análisis, es con el caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*, se ha puesto de manifiesto que la Corte Interamericana, al examinar la validez de la actuación del

⁵⁴ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación Conforme y control difuso de convencionalidad" el nuevo paradigma para el juez mexicano, pág. 388. Consulta 30 de junio de 2013. Pág. 18.
http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia". Madrid trota, 2006, p 100.

⁵⁶ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, supra nota 54. Pág. 19.

Estado Mexicano, termina por evaluar el apego y correspondencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, al catálogo de los derechos reconocidos mediante la Convención Americana. Esto implica que la jurisprudencia de las Cortes o Tribunales constitucionales, y las sentencias firmes, pueden desautorizarse jurídicamente, a través del control de Convencional, por la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad, antes del caso Castañeda Gutman, se había realizado sobre las leyes, actos, e incluso las propias constituciones, pero es a raíz del caso anteriormente mencionado, que aparece la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad, aun sobre la jurisprudencia constitucional, esto implica en términos más amplios que las resoluciones de los tribunales regionales de derechos humanos, cuentan con una autoridad interpretativa, frente a los tribunales constitucionales nacionales, derivado de la propia lógica del control jurisdiccional externo del Estado⁵⁷. Desde esta perspectiva existe una superioridad lógica de la jurisprudencia convencional, sobre la jurisprudencia constitucional⁵⁸.

En efecto el tribunal latinoamericano, ha desautorizado la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de México, declarando inconvenional, el criterio de interpretación, que en su momento impidió, mediante una interpretación constitucional de la Suprema Corte, que los particulares tuvieran un mecanismo de defensa de sus derechos de participación democrática.

Esta sentencia constituye en definitiva, un control de convencionalidad, sobre la jurisprudencia constitucional, que abre nuevos senderos en el clásico

⁵⁷ La adopción de un estado, de un tratado, implica un sometimiento jurídico del estado, en consecuencia, de todos sus agentes a los contenidos concretos sobre las normas indeterminadas de tales instrumentos va definiendo, caso tras caso el tribunal regional respectivo. El fin último del establecimiento de dichos sistemas fue terminar con la idea de que los estados son totalmente autónomos, en el tratamiento de las personas que están bajos su jurisdicción, *Cfr Jayawickrama, Nihal. The judicial application of human rights law. National, regional and internacional jurisprudence, UK, Canbrigde University Press, 2000. apud FERRER MAC GREGOR. pág, 24.*

⁵⁸ En relación con el sistema europeo de derechos humanos, se ha dicho: (...) la propia lógica del sistema lleva, a que la actuación del tribunal europeo, tenga cierta supremacía, sustancial respecto de los tribunales constitucionales, nacionales (...). Perez tremps, pablo. Justicia constitucional, y defensa de los derechos constitucionales en Europa. Cfr. LOPEZ GUERRA; Luis (coord.), la justicia constitucional, en la actualidad, fortalecimiento de la justicia constitucional en el ecuador, serie 1 Quito, corporación editora nacional, 2002, pág. 310.

entendimiento, del estado constitucional con el derecho internacional, de los derechos humanos.

2.2.2.3. NIVELES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El control de convencionalidad definido jurisprudencialmente en Latinoamérica, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, distingue dos niveles:

2.2.2.3.1. *Concentrado, control ejercido por la Corte IDH.*

El primero que existía desde años, antes de la primera mención de la figura, radicaba como competencia de la Corte IDH quien reputaba inválidas a las normas opuestas al Pacto De San José De Costa Rica incluso al grado de rozar con la propia inexistencia de la norma, en el caso “*La Última Tentación De Cristo*”, por ejemplo reputo de violatoria del pacto a una cláusula de la constitución de Chile en materia televisiva y exigió su reforma, lo que finalmente sucedió, esto a raíz del rango supraconstitucional del pacto, con respecto a la constitución chilena, lo que no ocurre con los estados en los que la CADH tiene rango constitucional, en los cuales, el control que admite su constitución es únicamente, el control interpretativo.

Al respecto de esta función, la doctrina se ha manifestado, que es una labor que se ha gestado jurisprudencialmente, paralelamente existen quienes consideran esta función como inherente a la Corte IDH, en virtud de la propia CADH, esto es, que el texto normativo de la misma es la que otorga esta competencia a la Corte.

En el mismo sentido Eduardo Ferrer Mac Gregor⁵⁹ exhibe, que el control de convencionalidad tienen dos manifestaciones: una de carácter concentrada, la que ejerce la Corte IDH, y la otra de carácter difusa, la que es ejercida por los jueces nacionales.

Al respecto de la primera establece que esta obedece a una competencia inherente de la Corte Interamericana, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, toda vez que este tribunal, es el guardián e interprete último de la

⁵⁹ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional” consulta, 25 de junio del 2013. < biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf >

Convención Americana, en ese sentido el control que ejerce el tribunal mencionado es un control concentrado, ya que se encomienda a dicho órgano jurisdiccional, la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad vulnerados”, además de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de sus derechos, y el pago de la indemnización, que puede constituirse en justa.

A esto debemos agregar que el fallo que emita la Corte, es definitivo e inapelable⁶⁰, por lo que los estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte, en todo caso en los que sean parte⁶¹.

La labor que realiza la Corte Interamericana, al controlar la convencionalidad de las leyes internas de los estados que son parte en algún caso que se ha sometido a su decisión, es de tal importancia que Eduardo Ferrer Mac Gregor ha llegado a afirmar, que el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana⁶², reflejado este en el acto de control de compatibilidad entre el acto de violación y el Pacto de San José, y sus protocolos adicionales.

Por su parte el juez interamericano, Sergio García Ramírez, en el caso Tibi vs Ecuador, establece los lineamientos que sigue el control de convencionalidad, mediante el voto concurrente y razonado que emite conjuntamente con la sentencia del caso antes mencionado, hace una comparación con el control de constitucionalidad, que realizan las cortes y tribunales constitucionales, a saber esto es lo que expresa en el párrafo 3 de dicho documento:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -- disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia

⁶⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo, 67.

⁶¹ Ídem. Artículo 68.1.

⁶² FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *Supra*. Nota 9.

contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía⁶³.

En el mismo sentido volvió a pronunciarse el Juez García Ramírez años después, al utilizar el término “control de convencionalidad”, para hacer referencia a la confrontación entre el hecho realizado, y la Convención Americana, en el voto razonado emitido en el caso *Vargas Areco vs Paraguay*, del 26 de setiembre del 2006, el mismo día en que se resuelve el caso *Almonacid Arellano*, en el que se hace mención del término “control de convencionalidad, aunque en este caso para hacer referencia a la figura, pero con naturaleza distinta, otorgándole el carácter de difuso a este control. Expandiendo con esto su jurisprudencia hacia los jueces nacionales de los estados que han reconocido su jurisdicción.

2.2.2.3.2. Control difuso de convencionalidad.

Además del control de convencionalidad que realiza la Corte IDH, como una técnica connatural a su competencia, existe otro tipo de control de convencionalidad, este es el que debe realizar el juez nacional o doméstico, de los estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, conocido también como control difuso de convencionalidad.

⁶³ Corte IDH. Caso *Tibi vs Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, y costas. Sentencia de 7 de setiembre del 2004 serie C 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 3.

Este control de convencionalidad, es el que aparece como una obligación de los jueces nacionales de controlar la norma nacional, y su contenido, adecuándolo al canon internacional, o en su caso inaplicando la norma doméstica, siguiendo un orden lógico, el primer examen que se debe realizar es, lo que el Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor a denominado, “la interpretación conforme” esta significa, que el control de convencionalidad por parte del juez doméstico, no pasa por una labor de simple yuxtaposición de la norma nacional, sino que el juez debe interpretar la norma nacional, a la luz y en conformidad con el canon interamericano, solo en el caso de que la norma domestica albergue un contenido de insalvable contradicción con la Convención , debe inaplicarse, esto con el fin de salvaguardar la norma doméstica.

Como ya se ha mencionado líneas arriba, este control es un producto de la jurisprudencia de la Corte, ha venido gestándose, a través de múltiples casos entre ellos el caso Myrna Mac Chang, del 2003, el caso *Tibi vs Ecuador*, 2004 en ellos se hace una referencia poco especializada al tema, reiterando la obligación de los estados, de velar por el cumplimiento de los derechos contenidos en la CADH, en este sentido la corte estableció que los estados están obligados a **“adoptar las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para garantizar el respeto de los derechos consagrados en la convención (...)”**⁶⁴

Posteriormente, en el caso *Almonacid arrellano*, la corte interamericana, haría una referencia más concreta al establecer que los jueces nacionales como parte del estado⁶⁵, - que es el obligado primario- deben realizar una **“especie de control de convencionalidad”**⁶⁶ de las normas nacionales, con el canon interamericano, se hace notar en este caso, la reciente conformación de esta figura, en el mismo año en el caso “Trabajadores Cesados de Congreso”, la corte sin más hace referencia al control de convencionalidad como obligación ex officio, impuesta a los jueces nacionales, en este sentido la corte se pronunció de esta manera:

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 07 de setiembre del 2004. Seri C. N° 114. Párrafo. 112.

⁶⁵ Corte IDH, caso: “Almonacid Arellano vs Chile” excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de setiembre del 2006. Serie C 154. Párrafo 124.

⁶⁶ ídem.

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.⁶⁷

Nótese que en este caso la Corte IDH, impone de manera directa la obligación del control de convencionalidad ex officio, a los jueces nacionales, desde ese momento se consolida el control de convencionalidad, por parte de los jueces nacionales, al que el Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor ha llamado control difuso de convencionalidad⁶⁸, haciendo referencia precisamente, a el control realizado por los jueces nacionales. El juez de la Corte interamericana haciendo énfasis a la idea de control difuso ha establecido, que se trata en realidad de un control difuso de convencionalidad, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales, conjuntamente establece que existe una asimilación de los conceptos del derecho constitucional⁶⁹, presente desde la misma creación del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en la creación de los órganos y garantías internacionales particularmente al trasladar las garantías constitucionales, -como instrumentos para garantizar los derechos fundamentales, y salvaguardar la “supremacía constitucional”-, a las garantías

⁶⁷ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158. Párrafo 128.

⁶⁸ Conferencia Magistral “El control de convencionalidad” Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, Poder Judicial de Yucatán, segunda reunión anual de jueces. <www.youtube.com/watch?v=DKeofjXowSw>

⁶⁹ Corte IDH. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C 220. Voto razonado y concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor. Párrafo 26.

convencionales⁷⁰ como mecanismos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, cuando las garantías constitucionales no han sido suficientes, esto trae como consecuencia la configuración de una suerte de supremacía convencional⁷¹. Una manifestación de este proceso de internacionalización de las categorías constitucionales, es la idea del control difuso de convencionalidad, ya que este parte de la arraigada práctica del control difuso de constitucionalidad, en contraposición con el control concentrado que se realiza por las altas cortes o tribunales constitucionales, de los estados como, interpretes últimos de sus constituciones, en este sentido establece Ferrer Mac Gregor, el control concentrado lo venía realizando la Corte IDH, sometiendo a un examen de convencionalidad, a las normas y actos de los estados. Labor que después fue transformada en un control difuso de convencionalidad al extender dicha labor de control a todos los jueces nacionales como deber de actuación, esto no debe entenderse en perjuicio de la calidad de intérprete último de la convención, que ostenta la Corte IDH.

Eduardo Ferrer Mac Gregor⁷², sostiene que en realidad el control difuso de convencionalidad, no es un concepto nuevo, ni sería ajeno a las funciones de los jueces domésticos, toda vez que de hecho se trata de un bloque de constitucionalidad, que se ha integrado a los textos constitucionales, como resultado de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, esta posición, no encuentra mayor problema en los casos en que los estados le otorgan rango constitucional a los tratados internacionales, no así en los casos en que los tratados tienen rango de ley.

Lo realmente novedoso, dice el autor mencionado, es que la obligación de realizar un contraste entre la CADH y la Jurisprudencia convencional y la norma doméstica o las acciones del estado, nace de la jurisprudencia de la Corte IDH, de tal manera que el imperativo representa un bloque de convencionalidad, para establecer estándares en la región interamericana.

⁷⁰ Ídem. Párrafo, 22.

⁷¹ Ídem. Párrafo, 23.

⁷² Ídem. Párrafo, 26.

La doctrina respecto a este modelo ha convenido en diferenciar los efectos que tendría el control de convencionalidad, que según Néstor Sagüés, puede ser de efecto represivo, cuando inaplica o invalida una norma, y de efecto constructivo, cuando se hace una interpretación conforme. Las características de fondo de estos temas se abordaran con posterioridad.

Otro sector de la doctrina va más allá aun en la legitimación de los órganos internos para realizar el control de convencionalidad así, hay quienes consideran, con base en sentencias de la Corte IDH, que el control de convencionalidad, es una obligación difusa y desconcentrada⁷³, en ese sentido, establecen que los poderes ejecutivo y legislativo, también están sometidos a esta función, esa es la posición adoptada, en este documento.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte, además agregando, que el control de convencionalidad, debe ser practicado además de los anteriormente señalados, por los órganos vinculados a la administración de justicia⁷⁴.

2.2.2.3.2.1. Características del control difuso de convencionalidad

a) carácter difuso.

Si tomamos en cuenta el control concentrado de convencionalidad, podemos entender que el control difuso, es el realizado por las altas cortes y tribunales constitucionales de los estados, lo cual nos llevaría a un error, ya que el control desconcentrado, se trata en realidad de un control difuso, ya que debe ejercerse, por todos los jueces nacionales, y otros órganos.

A pesar de que con anterioridad el control de convencionalidad lo realizaba la Corte IDH, ahora se ha trasladado a la esfera de los jueces nacionales, de ahí su carácter difuso, esto desde luego no significa que la a Corte Interamericana haya perdido su calidad de interprete ultima de la Convención Americana, toda vez que no se logre una tutela eficaz de los derechos en el ámbito interno.

⁷³ HITTERS, Juan. *Apud*. SAGÜES, Néstor Pedro. *supra* nota 7.

⁷⁴ Corte IDH. *Supra* nota 69.

Se trata de un sistema de control extenso (vertical y general), como acertadamente lo ha puesto de relieve el juez García Ramírez en su voto razonado y concurrente en caso trabajadores cesados del congreso, expreso:

4.- en otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través de juzgamiento sobre la subordinación de actos y autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores – principios y valores del sistema democrático- que ilustra al rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos de Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en la que respecta a los asuntos de que toman conocimiento, conforme a sus respectivas competencias (control difuso).

12. este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener – como ha sucedido en algunos países- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando estos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. esto permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general- en materia de juridicidad de los actos de autoridades - por lo que toca a la conformidad de estos con las normas internacionales sobre derechos humanos-, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia, se halle donde los estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta de la CADH y en otros instrumentos del corpus iuris regional. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el “control de convencionalidad”- se halla entre las más

relevantes tareas, para el futuro inmediato del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

El control difuso de convencionalidad, convierte al juez nacional en un auténtico juez interamericano, convirtiéndolo en guardián de la CADH y de sus protocolos adicionales, además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, eventualmente en control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, puede realizarse sobre otros instrumentos internacionales, debido a que el fundamento que tomo la Corte IDH, para desarrollar el control difuso de convencionalidad, no es excluyente, ni único del sistema interamericano.

b) intensidad del control difuso de convencionalidad.

Todos los jueces y órganos que realicen, funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material, deben ejercer el control de convencionalidad. Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel flores*.

Ferrer Mac Gregor, ha precisado que esta definición no excluye a los jueces que no puedan realizar el control de convencionalidad, sino que debe entenderse que se entiende una graduación la intensidad en el mismo control de convencionalidad⁷⁵, esto implica que no se trata de inaplicar la norma nacional que prima facie resultara, inconveniente, sino que primero debe tratarse de armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

Así en los llamados sistemas difusos de control de constitucionalidad, el común de los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir a la Constitución del estado, así podemos establecer el grado de intensidad del control de convencionalidad, el grado máximo estaría reservado para las altas jurisdicciones constitucionales, aunque en los sistemas difusos, mixtos o duales, es el común de los jueces los que pueden aplicar esta técnica de control normativo.

⁷⁵ Corte IDH, supra. nota 69. Párrafo 24.

Los grados de intensidad del control de convencionalidad, puede ser clasificado, en tres escalones, la invalidación de la norma, la inaplicación de la norma, y la armonización de la norma con subordinación de la norma nacional a la norma internacional.

La institución en análisis puede ser abordada de diferentes ópticas, según las consecuencias que de esta deriven, al respecto la doctrina ha establecido que este puede ser con efectos de represivos o *constructivos o armonizantes* a través de una interpretación conforme al canon interamericano.

b.1) Interpretación (efecto armonizante)

Según Eduardo Ferre Mac Gregor no se puede hablar de control de convencionalidad, sin antes hablar de interpretación conforme, ya hablar sencillamente de inaplicación de la norma doméstica, por oposición a la convención es demasiado fácil, no se trata de aplicar la norma convencional sobre la nacional, sino de primariamente interpretar la norma domestica de acuerdo a la convención, el mismo criterio se ha fijado en la constitución Política del Perú, mediante la cuarta disposición final y transitoria, con el objeto de buscar la preservación del derecho interno. Es en el caso en que la oposición de la norma nacional a la convención, en la que se aplica el control en su manifestación más estricta, es decir la inaplicación de la norma nacional, y su invalidación.

Al respecto de esta forma de control de convencionalidad, Néstor Sagüés ha dicho que, esta forma tiene un efecto constructivo⁷⁶ y armonizante, fundamentándose en la jurisprudencia de la Corte IDH, en los casos Radilla Pacheco, ratificado en el caso comunidad indígena Xákmok kásek, y en el caso Cabrera García- Montiel Flores, en el primero de estos casos la Corte, en su considerandos 338 establece:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la

⁷⁶ SAGÜES, Néstor Pedro; “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. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx

Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana⁷⁷.

En este pronunciamiento podemos notar la relevancia que le da la Corte a la labor interpretativa de los jueces nacionales, recalcando que esta debe ser de tal manera que garantice el efecto útil de la Convención Americana, de igual manera se pronuncia en el considerando 340:

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso⁷⁸.

Es de entender mediante este pronunciamiento de la Corte, la relevancia de la interpretación de los dispositivos nacionales, la Corte obliga a los estados a realizar una interpretación acorde al contenido de la CADH y las interpretaciones que de esta hace la corte como parte de sus funciones, la misma posición es ratificada en el caso

⁷⁷ Corte IDH. caso “Radilla Pacheco vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Párrafo 338.

⁷⁸ *ibíd.* párrafo. 340.

de la, “Comunidad indígena Xákmok Kásek del pueblo Enxet- Lengua y sus miembros” y en el caso “Cabrera García- Montiel Flores”.

b.2) Efectos represivos.

La invalidación de una norma nacional, según Néstor Pedro Sagüés⁷⁹, comparte la misma naturaleza destructiva que la inaplicación, sin embargo en este documento, se adopta la posición de que la invalidación e inaplicación tienen naturaleza distinta, y fundamentos distintos lo que en consecuencia marca en el campo práctico diferencias importantes.

b.2.1) Invalidación.

Al respecto de la invalidación, la Corte en ejercicio de sus funciones, se pronuncia estableciendo que son invalidas las normas domésticas contrarias al Pacto De San José De Costa Rica, en caso de la última tentación de Cristo por ejemplo reputo de violatoria del pacto una cláusula constitucional, referida a la censura televisiva, y exigió su reforma. En *Boyce c. Barbados*, la corte entendió que también infringía el pacto una regla constitucional de ese país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la constitución de 1996, aunque vulnerasen derechos fundamentales.

La invalidación de las normas del derecho interno, se refiere a que este queda relegado al derecho invalidado, esto es, tiene los mismos efectos que una declaración de inconstitucionalidad, sin embargo la Corte ha declarado, que el hecho que declara que una norma nacional es contraria a la convención, no implica que este dejando sin efecto a la norma doméstica, sino es el estado el que debe adoptar las medidas que sean pertinentes, como consecuencia sería derogación, modificación, esto lo podemos advertir a través de una lectura del caso *García Montiel, Y Cabrera Flores*:

⁷⁹ SAGÜES, Néstor Pedro, supra nota 76.

Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cambio, como ha sido declarado en el Capítulo IX de esta Sentencia, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párr. 206). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia⁸⁰.

La corte en este caso ha establecido la obligación de los Estados de adoptar las medidas para adecuar el derecho interno, a los estándares de la Convención Americana.

En concordancia con lo anteriormente establecido, podemos afirmar que este efecto jurídico se conseguirá a través de los mecanismos internos que establezca cada estado para el control normativo, ya que no hay ninguna regla de la Convención Americana, que obligue a los jueces a inaplicar el derecho interno, si este resulta contrario a la Convención Americana, ni mucho menos a entenderlas tácitamente derogadas⁸¹.

En sede interna, en opinión personal, creo que la invalidación de la norma, acogiendo la teoría de la constitucionalización del derecho internacional, y su recepción en el ordenamiento peruano, es un efecto que no requiere de un procedimiento previo a su invalidación, un ejemplo claro lo tenemos en el artículo I del título preliminar del código civil, al respecto en la jurisprudencia ha establecido:

⁸⁰ Corte IDH, caso “Cabrerera García y Montiel flores Vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C 220. párrafo 234.

⁸¹ SAGÜES, Néstor Pedro; supra. Nota 76.

*La derogación tacita puede realizarse de dos modos. El primero tiene lugar cuando una ley posterior, contienen normas jurídicas incompatibles en todo o en parte, con las contenidas en una ley anterior; esto es, cuando la aplicación contemporánea de las normas establecidas, por las dos leyes es imposible, por la contradicción que de allí se seguiría (...). Se tienen el segundo modo, cuando una nueva ley disciplina todo la materia regulada por una ley precedente, aunque no haya incompatibilidad, entre las normas contenidas en ellas, y esto por la razón de que el legislador ha reordenado toda la materia, es necesario suponer que haya partido de otros principios directivos (...)*⁸².

El precepto antes citado, figura en el código civil peruano, como una forma de abrogación de la ley, derogación tacita, para ser precisos, cuyos alcances e influencias en el tema en análisis se tratara con posterioridad.

b.2.2. Inaplicación

Esta forma es la que en rigor de verdad, expresamente ha exigido la corte IDH al juez nacional, siempre bajo la idea de que este forma parte del Estado, que es el obligado primario.

Es a partir del caso *Almonacid Arellano*, que la Corte IDH va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen las normas opuestas a la Convención Americana, configurándose de esta manera el efecto represivo hacia las normas jurídicas internas⁸³, haciendo mención a esta función, Néstor Sagüés ensaya, que si un Estado mantiene normas internas opuestas a la Convención Americana, el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella⁸⁴, es también desde *Almonacid Arellano* que la Corte IDH se torna más severa, estableciendo que la norma cuestionada,

⁸² Cas. N° 393-98, El Peruano, 20-01-2000, p. 4605.

⁸³ SAGÜES, Néstor Pedro; supra. nota 76.

⁸⁴ *ibíd.* p. 385.

carece “desde su inicio de efectos jurídicos”⁸⁵. Esto es lo que la corte pronuncia:

Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella.

Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, acontecidos en Chile.⁸⁶

Para Néstor Sagúes esta posición rozaría, con la propia inexistencia de la norma nacional contraria a la Convención Americana⁸⁷.

c) *El control de convencionalidad: deber de oficio de los jueces.*

Luego de Almonacid Arellano y, “una especie de control de convencionalidad”, la doctrina de esta figura avanza, tras varios casos en la Corte IDH, en el caso Trabajadores cesados del congreso, seguido a la reiteración de la obligación de los jueces nacionales de realizar el control de convencionalidad, establece además que este ejercicio de control normativo, debe hacerse de oficio, resaltando el rol que desempeña el juez nacional como parte del aparato estatal, que se ha obligado tras la

⁸⁵ Corte IDH, supra. Nota 65. Párrafo. 116.

⁸⁶ ibíd. Párrafo 115.

⁸⁷ SAGÜES; Néstor Pedro. supra, nota 44.

ratificación de la Convención Americana, y el reconocimiento de la competencia contenciosa, exactamente esto es lo que establece la corte:

“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 acciones⁸⁸.

La Corte IDH, cada vez más clara en la definición del control de convencionalidad agrega matices y fija los puntos necesarios para el ejercicio de esta técnica de control normativo, en el caso en mención a diferencia del caso Almonacid Arellano, se supera la duda que representaba una especie de control de convencionalidad, y se pasa a configurar una figura más contundente, la que adicionalmente se establece. Debe ser aplicada de oficio por el juez nacional.

d) Efectos en el tiempo del control de convencionalidad.

La CADH, como derecho y la jurisprudencia como norma, no pueden escapar de su tratamiento en el tiempo, máxime si la propia naturaleza de los protocolos

⁸⁸ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128

adicionales que sirven para dar contenido a la CADH⁸⁹. Debemos analizar entonces el efecto del control de convencionalidad en el tiempo.

Cuando se propone el control de convencionalidad lo que la Corte IDH propone es que las normas jurídicas opuestas al Pacto, carecen de efectos jurídicos desde su inicio, debemos aclarar entonces que pasa cuando la norma nacional permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos ex nunc) y no hacia el pasado (efectos ex tunc), sin embargo esa doctrina no es constante, y depende del caso concreto.

Este es un claro oscuro que la Corte IDH debe en el futuro, definir con mayor claridad, sobre la temporalidad de los efectos de la norma inconvencional. Si tomamos como punto de partida el principio de que toda violación de derechos humanos, debe ser reparada en su integridad en consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

La propia CADH establece que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o una libertad protegidos en esta convención, la corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Si bien el citado precepto, se refiere a las atribuciones de la Corte IDH mutatis mutandi, debe aplicarse por los jueces nacionales, debido a que bajo la doctrina del control difuso de convencionalidad, también son jueces interamericanos. Ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que en determinados supuestos se debe reparar, la consecuencias de la norma inconvencional, lo cual se puede lograr

⁸⁹ Es el caso del protocolo de Asunción, para abolir la pena de muerte, el impedimento, es realmente temporal, ya que se establece que no puede aplicarse pena de muerte, en casos distintos a los establecidos en el momento de su celebración, es decir no pueden crearse nuevos supuestos para la pena de muerte.

teniendo “sin efectos” dicha norma desde su vigencia, no desde su inaplicación o declaración de inconvencionalidad.

Entendido de otro modo, la retroactividad resulta indispensable en algunos casos, para lograr el adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad, lo mismo ha sostenido la Corte Interamericana al interpretar el artículo 63,1 del Pacto de San José, ya que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁹⁰, este es un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo.

2.2.2.4. MANIFESTACIONES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se ha dicho antes, el control de convencionalidad ha sido definido por la Corte IDH, como el ejercicio de contraste entre la CADH, y las normas u omisiones de carácter interno, incluido las interpretaciones que haga el juez nacional de la norma doméstica.

La Corte IDH, ha establecido la obligación de los estados de garantizar el pleno cumplimiento de la CADH, tras haber dado una definición del control de convencionalidad, esta también ha afirmado que el control de convencionalidad se canaliza a través de los presupuestos formales y requisito de los procesos del control normativo del derecho interno⁹¹.

Además debemos agregar, que la Corte establece la obligación del control de convencionalidad, pero también establece que no es ella quien debe fijar los mecanismos para hacer prevalecer la convención en el derecho interno, o adecuar el mismo, sino que son los estados los que deben asegurar esta tarea, dejando un amplio margen⁹² para que los estados, implementen los mecanismos para la efectiva

⁹⁰ Corte IDH. Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 25.

⁹¹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

⁹² LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las

realización de esta labor. En este sentido como lo ha asumido Torres Zúñiga Natalia⁹³, el control de convencionalidad puede realizarse de manera directa como indirecta, esta última de a mi modo de entender a través del propio derecho nacional.

2.2.2.4.1. Uso directo del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se puede hacer efectivo a través del uso directo del canon de convencionalidad, este puede ser realizado por el juez nacional, o por el juez internacional, se realiza mediante la contrastación directa de el parámetro controlador la CADH y otros con la norma nacional, pretendiendo se adecuación -a través de la interpretación conforme-, su inaplicación o su invalidación. Un claro ejemplo de este control es el caso de la Corte Constitucional De Colombia, la que haciendo uso directo de la CADH, declaro la inconstitucionalidad de los artículos 137 y 138 de la ley 599, la que establecía para el establecimiento del tipo del delito de tortura la el causar “graves” dolores, o sufrimientos físicos o psíquicos.

La Corte, al respecto se pronunció estableciendo que dicho concepto atentaba contra la convención interamericana contra la tortura (naturalmente ratificada por Colombia), ya que en esta se define a la tortura como “cualquier acto que en los términos y para los fines del tratado atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor”, este concepto excluya el termino grave, causando en consecuencia un vacío entre la convención y la norma nacional, un vacío que podría permitir una inconvencionalidad de actos y situaciones, que en la normativa interna de Colombia, no serían tipificados como tortura.

En este sentido la Corte Constitucional estableció la inexequibilidad⁹⁴ del término “graves” contenida en el artículo 137, puesto que vulnera la Convención Americana Para Prevenir Y Sancionar La Tortura.

leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., año XLIII, volumen 128, 2010, p. 810.
< www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex128/BMD000012807.pdf>.

⁹³ TORRES ZUÑIGA, Natalia. Op. Cit. pág. 37.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-148/05, 22 de febrero de 2005.

Al respecto también podemos mencionar, el caso Barreto Leyva Vs Venezuela, en el cual se examinó el código de justicia criminal, a luz de los artículos 2 y 7 de la CADH,

2.2.2.4.2. *Uso indirecto del control de convencionalidad.*

En este control la el parámetro controlador material, dota de contenido a otro dispositivo que sirve como parámetro controlador en sentido formal, al respecto el parámetro controlador, debe ser necesariamente un dispositivo internacional, siendo el parámetro controlador en sentido formal, una norma de carácter internacional⁹⁵, o nacional en esta última cabe recalcar, que para que se haga efectivo el control de convencionalidad, la única norma a la que la CADH puede dotar de contenido es a la constitución, solamente a través de ella se puede controlar el contenido de la norma jurídica doméstica, sobre la forma en que esto se realiza se tratara más adelante.

Un ejemplo de la utilización de la constitución como norma dotada de contenido, por la jurisprudencia de la Corte IDH, es el caso del artículo 139, inciso 3, referente al debido proceso, la Corte IDH estableció que

“Cualquier órgano del estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene a obligación de adoptar, resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

En ese mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional del Perú diciendo que esta garantía no es solo de carácter judicial, sino que se hace extensiva a la sede administrativa⁹⁶.

Bajo este criterio se analizaron algunos dispositivos del Reglamento del Régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú, en el cual se imponían algunas

⁹⁵ No todas las convenciones sobre derechos humanos pueden ser aplicadas en vía contenciosa, sin embargo sirven para dar contenido a la CADH, haciendo efectivo, mediante esta los derechos protegidos en aquellas.

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2050-2002-AA/TC, 28 de mayo de 2003, FJ.12

sanciones a los miembros de la PNP, que no tenían como fundamento una investigación previa, lo que vulneraba el derecho de defensa, derivado del artículo 139, 3.

Respecto del uso indirecto de las normas internacionales, podemos citar como claro ejemplo a los derechos sociales y económicos, la Corte IDH, no tiene competencias contenciosas para declarar su vulneración, sin embargo estos pueden dotar de contenido a la convención americana logrando de esta manera, su control, en nivel contencioso.

Como podemos apreciar los derechos Económicos, Sociales y Culturales, se pueden proteger en vía de los derechos civiles, al respecto los derechos que han ampliado su contenido, son los derechos a la vida, la integridad y la propiedad⁹⁷.

La Corte se ha pronunciado al respecto, en el caso “Campo Algodonero Vs México”, estableciendo que aunque los artículos 8 y 9 de la Convención Belem do Para no son justiciables de manera contenciosa, pueden ser utilizados en sentido indirecto para la interpretación de la convención y de otros instrumentos del SIDH⁹⁸.

En este documento se asume que el control del cumplimiento de los derechos económicos sociales y culturales, incluidos los derechos de solidaridad, que también son derechos humanos, puede realizarse válidamente, por los jueces internos de cada estado, según sea el caso, por ejemplo el caso Peruano, la Constitución Política acepta el derecho internacional como derecho propio ya que establece que los tratados forman parte del derecho interno, además otorga el nivel constitucional de los

⁹⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafos 102-103. En este caso, se analizó si el Estado peruano había cometido una violación al derecho de las víctimas del caso a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530. Si bien el derecho a la pensión como tal no se encuentra reconocido en la CADH, la Corte IDH asumió que el mismo era una manifestación del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH. Al respecto, la Corte IDH indicó que la incorporación del derecho a la pensión como contenido del dispositivo de la CADH se debe a una interpretación evolutiva y del principio pro persona consagrado en el 29, b de la CADH.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.”* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 79.

derechos humanos, en ese sentido las convenciones ratificadas por el Perú, son parte de la Constitución, aunque no en el texto concreto, bajo este criterio el juez nacional puede controlar a las normas legales e inferiores, con las normas convencionales.

2.2.2.5. LA OPINIÓN CONSULTIVA

La opinión consultiva es una atribución de la Corte IDH, está en su rol natural de intérprete de la Convención Americana, puede dar opiniones de la compatibilidad de los proyectos de ley que se pretenden aprobar en la esfera nacional de los estados parte.

La discusión reciente es sobre si la opinión consultiva forma parte del canon interamericano, en parecer personal y es la posición asumida en este documento, es en realidad, una discusión sin fundamento, ya que debe entenderse tras la doctrina del control de convencionalidad que la opinión consultiva efectivamente forma parte del canon interamericano. Es una de las manifestaciones que debe tenerse en cuenta al momento de tratar la opinión consultiva, además en este documento también se propone, un problema aun mayor, este es si la opinión consultiva, constituye una obligación, para los estados, siempre que las leyes que se encuentran en proyecto involucren derechos humanos, no solo protegidos en la CADH sino en otros instrumentos internacionales. Analicemos ambas esferas de esta figura.

2.2.2.5.1. La opinión consultiva como parte del canon interamericano.

Como se expresó, la opinión consultiva es parte del canon de convencionalidad, aunque en un determinado momento la mayoría de la doctrina, concordó en lo contrario, y en un momento hasta la jurisdicción interamericana, sobre la base de que la naturaleza de la opinión consultiva es distinta de los fallos emitidos por el Tribunal Latinoamericano, no obstante ello creemos que la opinión consultiva aun no teniendo carácter jurisdiccional (que pueden adquirir), forman parte del canon de convencionalidad, toda vez que deriva de una función propia de la Corte Interamericana, y constituye interpretación del Pacto de San José.

En ese sentido lo que la Corte ha afirmado en reiteradas sentencias, es que el canon de convencionalidad también lo constituyen las interpretaciones que haga sobre la CADH, lo que no excluye a las opiniones consultivas sino más bien las incluye. Por otro lado si seguimos la posición de Néstor Sagüés, a través de la interpretación mutativa por adición, también se puede afirmar que las interpretaciones que la Corte Interamericana haga de la CADH en vía de la opinión consultiva, se deben agregar al texto normativo del mencionado dispositivo, adquiriendo en consecuencia valor normativo.

2.2.2.5.2. Efectos de la opinión consultiva, en el ámbito de la propia corte.

La opinión consultiva constituye un canal a través del cual la Corte IDH, establece una interpretación armonizadora de los derechos, esto tiene un doble efecto, por un lado constituye una auto vinculación de la corte a sus propias interpretaciones, las mismas que fueron dadas fuera de un proceso contencioso, pero al constituir interpretación, deben ser observadas por la Corte, en los casos contenciosos que se les presente.

Por citar un ejemplo, podemos mencionar el caso de las excepciones al agotamiento de la vía previa, la Corte Mediante opinión consultiva, amplió un supuesto no contemplado en la CADH, al respecto indicó que también se aplicaba a los casos de indigentes que no pudieran agotar dichos recursos por la condición que enfrentan.

Así la corte expreso lo siguiente: (...) si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotarlos recursos internos.⁹⁹

Luego de esta opinión consultiva, se tiene claro que los indigentes pueden recurrir a la Corte Interamericana sin agotar la vía interna, eso queda claro, también para CIDH.

⁹⁹ Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990*. Serie A No. 11, párrafo 3.

Así el artículo 46.2 de la CADH, se entiende que contiene la indigencia como una excepción al agotamiento de la vía interna, como requisito para acudir a la Corte IDH.

Siguiendo con el análisis de la utilización de las opiniones consultivas, en los casos concretos podemos citar el caso *Vélez Loor vs. Panamá Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*.¹⁰⁰

En el mismo sentido, en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte IDH declaró la violación de los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, por que el estado no informó al señor Bueno Alves de su derecho de recibir asistencia consular en su condición de extranjero, para este pronunciamiento la Corte aplicó los alcances de la opinión consultiva OC- 16/99 a partir de ello la Corte Interamericana estableció que “ el derecho individual de solicitar asistencia consular de su país de nacionalidad forma parte de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros, la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa, y contar con un juicio justo”.¹⁰¹

Ello revela el carácter que tienen las opiniones consultivas, en cuanto forman parte del razonamiento de la Corte Interamericana, y además constituyen interpretación hecha por la misma, visto así las opiniones consultivas, podrían acaparse a la norma general, que deriva de los fallos del Tribunal Latinoamericano, y tendría en carácter de cosa interpretada.

Remitiéndonos a los Estados y su práctica con respecto al tema, son varios estados los que han aceptado a las opiniones consultivas, como parte del canon de convencionalidad, entre ellos Argentina, que además ha aceptado como parte de su “bloque de convencionalidad”, también a los informes y las recomendaciones de la CIDH, también podemos citar a Costa Rica, Colombia.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafos 130 y 136-138; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 97.

¹⁰¹ Corte IDH. “*Caso Bueno Alves vs. Argentina*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 116.

En el caso Costarricense, tras la opinión consultiva OC-5/85, la sala constitucional de Costa Rica, anuló el artículo 22 de la ley N° 4420 (ley orgánica de periodistas de Costa Rica) atendiendo a su incompatibilidad con el artículo 13 de la CADH. Bajo el sustento siguiente:

(...) no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de derechos Humanos. Concluir lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo no solo de la Convención, sino del órgano para ella dispuesta para su aplicación e interpretación.¹⁰²

2.2.2.5.3. Opinión consultiva ¿obligación o facultad?

La obligación de adecuar el derecho interno, viene establecida desde la propia Convención Americana, esta deber debe ser entendido además en su lado creativo de normas, es decir, la labor legislativa también está comprometida internacionalmente, corresponde analizar si es una obligación, o una facultad de los Estados partes.

En inicio la corte ha dicho, que las acciones u omisiones de cualquier órgano del estado, que redunde en una violación de derechos, genera responsabilidad internacional. Además ha dicho, que la eficacia y plena vigencia de la CADH debe ser garantizada por todos los órganos, si seguimos ese razonamiento podemos afirmar que es también obligación del legislativo realizar el control de convencionalidad, la misma idea que sostiene Juan Hitters, este en su forma más severa, debemos entender que debe hacerse a través de la opinión consultiva.

¹⁰² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno". CORTE IDH. *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*. Tomo II. San José: Corte IDH, 1998, p.825.

La imposición de la opinión consultiva, como una obligación de los Estados, aparentemente causaría una confrontación con la soberanía, no es del todo así, pues debemos recordar, que un estado en el derecho contemporáneo, no es completamente autónomo y soberano en trato de sus nacionales, entender lo contrario sería retroceder en el tiempo, y librar los derechos a realidades políticas económicas y de otro carácter, que naturalmente pueden afectar a los derechos humanos.

En este documento se asume la posibilidad de la opinión consultiva, sea obligatoria en determinados casos.

Teniendo establecido que la obligación de velar por el efecto útil de la Convención Americana alcanza a todo el gobierno, en todas sus esferas y en todos sus niveles, ya que eso mismo ha establecido la corte interamericana de derechos humanos, llegando hasta a afirmar que garantizar la vigencia de la CADH, en los escenarios nacionales, involucra el aparato nacional, entendido como el aparato gubernamental y en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁰³

Si la corte en sus pronunciamientos sobre el control difuso de convencionalidad, ha dicho que, esta se basa en la obligación general que es impuesta todos los funcionarios del Estado, en virtud de que la actuación o aplicación de leyes inconvencionales por parte de un órgano oficial del estado, genera responsabilidad internacional. No es válido acaso utilizar este razonamiento, para establecer la obligación del legislativo de no aprobar leyes inconvencionales. Máxime si existe una opinión consultiva en la que la Corte Interamericana establece que la aprobación y aplicación de leyes inconvencionales, generan responsabilidad internacional, contrario sensu, es de opinión de la Corte Interamericana, que existe la obligación, de no aprobar ni aplicar leyes contrarias a la convención.

¹⁰³ Opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -"Excepciones al agotamiento de los recursos internos", párrafo. 23.

En ese sentido se expresó la Corte Interamericana de derechos humanos, en la opinión consultiva OC-14/94 del nueve de diciembre de 1994, en su parte final establece¹⁰⁴:

ES DE OPINION

Por unanimidad,

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

De este pronunciamiento podemos desprender la doble esfera del control de convencionalidad, las leyes en cuanto a que su contenido debe estar ubicado dentro de los márgenes de la convencionalidad, y los actos de los agentes públicos, como manifestación concreta de la misma ley.

Como se ha dicho anteriormente es de posición de este documento, que la opinión consultiva cuando se trata de una ley que establezca restricciones a los derechos humanos, debe ineludiblemente, pasar como filtro una opinión consultiva.

¹⁰⁴ Corte IDH, opinión consultiva OC-14/94. “responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos)”

2.2.2.6. EL PRINCIPIO PRO HOMINE. Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que forma parte del derecho de los derechos humanos, este ha sido utilizado con mucha frecuencia por los tribunales constitucionales, y por los tribunales internacionales, en nuestro tema a saber se encuentra taxativamente establecido en el artículo 29 de la CADH, como un principio guía para la jurisdicción interamericana, y para las jurisdicciones nacionales de la región.

Este principio se entiende en un doble ámbito, involucra tanto preferencia interpretativa como preferencia normativa, en cuanto a la preferencia normativa, se debe recurrir a la interpretación, mas extensiva, o menos según corresponda; e el segundo caso se debe acudir a la norma más amplia. En sentido inverso, si se trata de establecer restricciones, permanentes al ejercicio de los derechos humanos o su suspensión extraordinaria, se acude a la norma o interpretación más restringida. Sagüés¹⁰⁵ establece dos variantes de este principio:

Preferencia interpretativa: a esta manifestación, Sagüés denomina preferencia interpretativa, según esta, el intérprete de los derechos debe buscar la interpretación que más optimice, el derecho constitucional. Esta preferencia interpretativa, a su vez comprende:

- A. En principio pro libertatis, según este se debe entender el precepto normativo con el sentido más propicio a la libertad e juego, este abarca un doble sentido, en primer lugar la limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos, no deberán ser interpretadas extensivamente, sino siempre de modo restrictivo; en segundo lugar su correlato, es decir que el operador debe interpretar la norma que mejor optimice su ejercicio, pues cada disposición

¹⁰⁵SAGÜÉS, Néstor, apud. Edgar Carpio marcos, en “la interpretación de los derechos fundamentales”, quinta edición, Palestra Editores. Lima-Perú 2004 pág. 35.

constitucional, esta dirigida a la realidad, en ese sentido se encuentra, solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica y material.

B. En segundo lugar el principio de protección a las víctimas, este debe ser entendido, en el sentido, en que la interpretación de situaciones que comprometan derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halle situada en inferioridad de condiciones.

Preferencia de normas:

Por otro lado el principio pro homine también comprende una directriz de preferencia de normas, es decir que ante el caso a debatir, y la duplicidad de normas aplicables, el juez debe preferir la norma más favorable a la persona, de acuerdo, con las doctrinas de la dignidad, respeto de la persona humana.

Este criterio de interpretación de los derechos fundamentales se encuentra recogido en el artículo 29.b de la Convención Americana, la misma que es parte de los derechos nacionales de los estados, parte de dicha convención, lo que causa un nuevo entendimiento, en el sistema de control de constitucionalidad de los estados, ya que como agrega Néstor Sagüés, este criterio es aplicado, por los jueces sin consideración de su jerarquía o rango¹⁰⁶.

En el derecho internacional de los derechos humanos, se ha acogido dicha pauta con un matiz singular. Según algunos, con el principio en referencia se expresa la superioridad de las disposiciones que reconocen derechos humanos frente a las normas que regulan el ejercicio del poder a juicio de Carlos Ayala Corao¹⁰⁷, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho. En este sentido, las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en el mismo plano, pues las primeras orientan en definitiva la actuación de los órganos del poder público.

¹⁰⁶ ibíd. Pág. 31

¹⁰⁷ AYALA CORAO; Carlos. "El derecho de los derechos humanos". En lecturas constitucionales andinas. N° 3 Comisión Andina de Juristas, 1994. Pp. 67-68.

Es de posición del presente documento, una visión más amplia de este desarrollo doctrinario del principio pro homine, para nosotros involucra también, el conflicto entre principio y regla, toda vez que es posible en el control de convencionalidad difuso, y su desarrollo que se advierta en algún momento un conflicto, sin embargo es importante recalcar la posición de prevalencia del principio sobre la regla, es más, si hablamos de normas que son ambivalentes,¹⁰⁸ es decir son principio, en cuanto pueden ser el origen de un sistema normativo, y además son regla toda vez que se puede individualizar una conducta que representa su transgresión.

2.2.2.7. LA INTERPRETACIÓN CONFORME, EL PRIMER PASO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Ferrer Mac Gregor ha dicho, que no se puede hablar de control de convencionalidad si hablar de interpretación conforme, entendemos que se trata del primer paso, para la efectiva utilización de la figura en análisis, el operador jurídico nacional, debe como primer paso, realizar la interpretación de la norma doméstica, adecuándola al contenido de los dispositivos internacionales, y desde esa perspectiva aplicar el derecho.

Además agrega que la interpretación conforme es una de las formulas constitucionales más efectivas, para lograr la armonización del derecho internacional, con el derecho nacional¹⁰⁹.

Se trata podemos afirmar de una técnica hermenéutica, por medio de la cual los derechos constitucionales, son armonizados con los principios valores y normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, así como con la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección.

¹⁰⁸ Entrevista a Luigi Ferrajoli, LA LEY, gaceta jurídica mayo 2013, pág. 17.

¹⁰⁹ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad, El Nuevo Paradigma Para el Juez Mexicano", instituto de investigación jurídica de la UNAM. Consulta 23 de junio de 2013. <http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_InterpretaciónConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf73>

Se trata entendemos, de un ejemplo de coordinación de los derechos internacional y nacional, bajo la forma de la subordinación del derecho interna al derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo esto no debe ser entendido como una manera de subordinación absoluta de las normas domesticas de los estados, a las normas del derecho internacional, sino como lo expresa el juez de la corte interamericana, Ferrer Mac Gregor, de un verdadero proceso interpretativo de armonización, que implica incluso en algunas ocasiones, dejar de aplicar la norma internacional, cuando la norma nacional ofrezca mejor protección, conforme al principio pro persona, o pro homine¹¹⁰.

En rigor de verdad, la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional, implica una interpretación del propio derecho interno, en la medida en los tratados internacionales en materia de derechos humanos en este caso, son parte del derecho interno una vez que son debidamente incorporados, amen a la corriente constitucionalizadora de los convenios internacionales, la misma opinión sustenta Fix-Zamudio, la misma que sustenta hace décadas.¹¹¹ Eso implica construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un bloque de constitucionalidad, de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones de los estados, en consecuencia el contenido constitucional de los derechos se ve constantemente modificado, y encierra además el contenido, que puede ser usado para invocar garantías constitucionales.

Además agrega el autor antes mencionado, que esta armonización no se trata de una interpretación sucesiva, es decir primero armonizar la propia constitución, y luego la armonizar con el derecho internacional, sino de una sola interpretación que permita, armonizar ambas normas, surge la posibilidad de que existan más de una interpretación posible a la norma de origen internacional, o que incluso la norma

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª. Ed., México, CNDH, 1999; así como *los derechos y su protección jurisdiccional*, Lima Grijley-UNAM-IMDCP, 2009.

nacional sea más protectora que la norma nacional, en ese sentido prevalecerá la interpretación que brinde la protección más amplia, esto en virtud del propio texto de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹¹²

2.2.2.8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el estado mexicano hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimo que lo pretendido, ante esta instancia era revisar el proceso penal, que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos y además se presentaron procesos de amparo; además se afirmó que en el caso concreto en el fuero nacional se aplicó en control de convencionalidad *ex officio*, y que en consecuencia eso hacia incompetente al tribunal interamericana al no poder revisar lo juzgado y decidido previamente, por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

Este alegato, sobre el ejercicio previo del “control de convencionalidad” en sede nacional, resulto novedoso, y contribuyo a la formación de la llamada excepción preliminar de “cuarta instancia”.

Inicialmente debemos recordar que si la Corte Interamericana, ha considerado que si el estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, debe conducir a que este tribunal, se ocupe de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH lo cual incluye, las decisiones de los tribunales superiores.

En tal sentido, si bien la tendencia jurisprudencial de la Corte es desestimar los planteamientos de excepciones preliminares de cuarta instancia, en el caso en análisis fue la primera vez que se utilizó como fundamento la utilización del control difuso de convencionalidad, por parte de la jurisdicción interna, por lo que no puede nuevamente analizarse por el juez Interamericano, lo que se ha decidido en vía nacional.

¹¹² Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 29. b.

Al respecto la Corte Interamericana reitera que si bien la protección internacional resulta “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria”, expresado también así por el preámbulo de la CADH (principio de subsidiariedad). Lo cierto es que para poder realizar un examen valorativo del cumplimiento de las obligaciones internacionales, existe una relación inseparable entre el análisis del derecho internacional y el derecho nacional, esta relación es en realidad una “viva interrelación”¹¹³, con intensos lazos que propician el dialogo jurisprudencial, en ese sentido ambas jurisdicciones (domestica e internacional) deben atender a la normativa nacional, y a la convencional en determinados supuestos.

De tal manera que para poder determinar si la actuación de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normativa interna, y siempre atendiendo a la CADH y jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional”.

No debemos entender, a luz de las consideraciones anteriores, que la Corte tenga competencia absoluta para revisar cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello significaría que efectivamente Tribunal interamericano, se constituiría en una cuarta instancia, lo que no es posible ya que excede la competencia de la jurisdicción internacional, además de sustituir a la nacional.

De lo anterior podemos concluir que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido desde luego el correcto ejercicio del control de convencionalidad.

¹¹³ Ferrer Mac Gregor, Eduardo. Supra nota 109.

SUBCAPITULO II: RELACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Cuando hablamos de control difuso de convencionalidad, nos remitimos a los órganos jurisdiccionales nacionales como operadores de la Convención Americana, en efecto la Corte IDH, ha establecido que es una obligación de todos los órganos del estado, en especial de sus jueces, de aplicar esta técnica de control normativo, toda vez que constituye un contenido implícito, de la Convención Americana.

Sin embargo, somos de la idea de que la obligación del control de convencionalidad, encuentra como fuente en la propia Constitución, toda vez que en ella se encuentra presente la cláusula de interpretación conforme, que es en resumidas cuentas la técnica primaria del control de convencionalidad.

Ahora bien si tenemos en cuenta, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, y el rango constitucional que le ha otorgado el tribunal constitucional, asimismo la fuerza normativa, tanto activa como pasiva, podemos afirmar que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad.

En efecto, cuando un juez sea común o constitucional realiza el control de constitucionalidad, tiene como parámetro constitucional no solo la constitución, sino de manera general los tratados sobre derechos humanos, y en especial la convención americana, incluida las interpretaciones que de ella ha hecho la Corte IDH, realizando en realidad un verdadero control de convencionalidad de las normas nacionales, y es que la interpretación conforme, lo ha dicho el tribunal constitucional, constituye una obligación. Máxime para los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, como lo afirma Torres Zúñiga, Natalia, el fenómeno de apertura constitucional, ha generado, el cambio de la concepción del estado de

derecho autosuficiente, a un modelo de estado cooperativo¹¹⁴. Ello ha generado un cambio en la manera de entender el sistema de fuentes del derecho interno, ya que en la actualidad el constitucionalismo de entrelaza con el pluralismo jurídico¹¹⁵. El mismo criterio ha evidenciado el Tribunal Constitucional, en numerosos pronunciamientos en los que asume el rango constitucional de los tratados.

El control de convencionalidad, y de constitucionalidad, así entendidos comparten elementos comunes, tales como el fin que ambos persiguen, el operador, y las fuentes, es decir el parámetro controlador, ya que la convención, también es parte del derecho interno, aun con la integración de otros tratados al derecho nacional, pues también en el control de convencionalidad concentrado a cargo de la Corte IDH, el parámetro de convencionalidad, está conformado por la Convención Americana, por sus protocolos adicionales, y por los tratados en los que es parte el estado presente en el conflicto, conforme a esto afirma Ferrer Mac Gregor, el bloque de convencionalidad varía de estado en estado.¹¹⁶

Existen autores que consideran que el control de convencionalidad, y el control de constitucionalidad, aunque son análogos, son dos figuras distintas, ya mientras el primero busca salvaguardar el canon interamericano, la segunda pretende salvaguardar la constitución en su sentido formal¹¹⁷.

Lo que nosotros proponemos y es también el criterio del tribunal constitucional, es que el derecho internacional de los derechos humanos, forma parte del derecho interno es decir de la constitución, así lo ha entendido el TC en el Exp_0025_2005_AI_TC. Establece que este derecho de fuente internacional, es derecho válido e inmediatamente aplicable, en ese sentido y también pueden promoverse bajo su amparo, procesos de inconstitucionalidad, o fundamentar los

¹¹⁴ TORRES, Natalia. Op cit., p. 123.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ FERRER MAC GREGOR, supra nota 109.

¹¹⁷ SAGÜES, Néstor. "Obligaciones internacionales Y control de convencionalidad", biblioteca jurídica virtual de UNAM, visita hecha el 20 de julio de 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

procesos constitucionales con las disposiciones de los tratados internacionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH.

1.1. MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

El control de constitucionalidad es el mecanismo para asegurar la prevalencia de la constitución, y para asegurar el principio de supremacía constitucional, constituye la principal herramienta de control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes, y repetimos la garantía de la supremacía constitucional.

El control de constitucionalidad, se encuentra guiado, por el principio de primacía constitucional, en virtud de ello las cortes o tribunales constitucionales tienen como principal atribución revisar la adecuación de las leyes a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de los actos. Asimismo y de modo general la tarea del tribunal constitucional, consiste, en resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de los actos del poder legislativo, la protección de los derechos fundamentales, y la distribución de competencias entre los poderes constituidos¹¹⁸.

Kelsen sostenía que la función del Tribunal, era una función judicial, no una función política, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo diferencian. El tribunal, no enjuicia hechos, sino se limita a controlar la compatibilidad entre normas igualmente abstractas, la Constitución, y la ley, eliminando a la incompatible con la ley suprema mediante una sentencia constitutiva.¹¹⁹

Kelsen sostenía que el poder legislativo se había dividido en dos órganos, uno el parlamento, titular de la iniciativa legislativa, este representa la esfera positiva del legislativo; y otro el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la

¹¹⁸ HIGHTON, Elena. "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad". Pag, 108. Consulta 21 de agosto del 2013 < biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>

¹¹⁹ HANS KELSEN, *apud*, HIGHTON, Elena. "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad". Pág., 110. Consulta 21 de agosto del 2013 < biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>

coherencia entre las leyes, a estas que fueran inconstitucionales, perfilándose así como un legislador negativo, en ese sentido, un Tribunal Constitucional carece de facultad para crear leyes, pero cuando entienda que una ley promulgada vulnera el contenido constitucional, tiene el poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente¹²⁰

En el derecho occidental son dos los modelos de justicia constitucional, dependen de los órganos que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, está presente el sistema americano o Judicial Review, y el modelo europeo o concentrado, la diferencia principal se encuentra en los órganos habilitados para realizar el control, paralela a esta existe una diferencia, en los efectos que producen el control de constitucionalidad.

La justicia constitucional, ubicada en el escalón más alto de las jurisdicciones, perdió su preeminencia, como consecuencia del abandono de la teoría de la autosuficiencia normativa estatal, a partir del final de la segunda guerra mundial y de las necesidades que esta planteo, era necesario entonces, otros niveles de vigilancia, de los derechos así la justicia constitucional se internacionalizo, y por otro lado las constituciones dejaron de ser catálogos cerrados, y en consecuencia empezó a abrirse al pluralismo jurídico.

En efecto los estados conformados en regiones, establecieron jurisdicciones complementarias, y subsidiarias, que coadyuven al pleno establecimiento de los estados constitucionales, con posterioridad, ya a causa del activismo que tuvieron, se empezaron a configurar como Tribunales Internacionales, como ultima jurisdicción para controlar el ejercicio del poder estatal.

En ese sentido, la conformación de las jurisdicciones internacionales, trajo consigo, la aceptación también del carácter vinculatorio de las decisiones de estos tribunales. Así se configuró el control de convencionalidad como una facultad inherente de los tribunales supranacionales. Cuya evolución ha dado nuevas concepciones, y obligaciones para los estados firmantes.

¹²⁰ Ídem.

La importancia del estudio del control de constitucionalidad radica, en la determinación de los órganos habilitados para realizar el control de convencionalidad, ya que la Corte IDH, ha señalado los límites del poder de control de convencionalidad, señalando que este debe hacerse en el marco de las respectivas competencias de los órganos estatales, en ese sentido los sujetos habilitados para realizar el control constitucionalidad, estarían también habilitados para realizar el control de convencionalidad.¹²¹

1.1.1. CONTROL CONCENTRADO.

Propuesto por el profesor Hans Kelsen, el, bajo la idea de la creación de un Tribunal único para la revisión de la constitucionalidad de las leyes, propuso su teoría, en las primeras décadas del Siglo XX cuando todavía imperaba la supremacía de la legalidad, como era de esperarse en un inicio no tuvo mucha acogida.

El propio Kelsen ha considerado la jurisdicción constitucional como su obra maestra personal. Como es sabido, el Tribunal Constitucional Austriaco es el más antiguo del mundo, tal vez por eso el modelo europeo es un desarrollo de este, la influencia que ejerció el modelo kelseniano, en la Europa de la segunda mitad del siglo XX fue determinante. Las sentencias del Tribunal Constitucional Austriaco, tiene efecto *ex nunc* o hacia el futuro.

En este modelo de control, la regla es la abstracción y generalidad del pronunciamiento, independientemente de la justicia en el caso concreto.

La razón de la organización de los tribunales como órganos de revisión de la constitucionalidad, en un único tribunal, se debe a la realidad histórica y filosofías políticas que imperaba en ese momento en Europa, que evidencio la necesidad de depositar la confianza en un solo órgano, es ese momento se vivía una realidad que se desarrollaba en la desconfianza en los jueces, por ejemplo en Francia, como es de entender, esta crisis resulto en el establecimiento de un solo órgano, al que se le

¹²¹ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158. Párrafo 128.

encargaría la tarea de controlar el ejercicio del poder público, y salvaguardar la primacía constitucional.

Así se establece la justicia constitucional, en la actualidad su campo de acción se ha extendido, el tribunal Constitucional, tiene aún la función “legislativa” que postulara Kelsen, toda vez que se encuentra habilitado para realizar el control abstracto de las normas, se verifica entonces esa dimensión negativa de la labor legislativa, en efecto cuando un tribunal constitucional emite una sentencia declarando la inconstitucionalidad de una norma subconstitucional, los efectos que produce son erga omnes, es decir tiene un efecto general en la legislación.¹²²

En la actualidad, se han establecido jurisdicciones internacionales, que configuran un auténtico órgano jurisdiccional, que encuentran su base en dispositivos internacionales, en virtud del cual ejercerán un control sobre las normas de los estados partes, este sin embargo se funda en la aceptación y reconocimiento que de ellos hayan hecho los estados. Ahora bien podemos comparar esta función, con la función que realizan los tribunales constitucionales respecto de las normas subconstitucionales.

Este es el resultado una vez más de la necesidad, de crear órganos ad hoc, destinados al control del ejercicio del poder estatal, y a complementar el control nacional, constituidos por sus jueces con capacidad de control constitucional, estos configuran la primera etapa del control del poder estatal.

Ahora bien, es innegable la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en el marco de los modelos de los estados cooperativos, destinados a fortalecer los sistemas de protección de derechos, en ese sentido Luigi Ferrajoli, ha afirmado que la apertura constitucional, en tanto nota básica del modelo de estado cooperativo, ha planteado al menos, en teoría la exportación del modelo de estado constitucional y de sus garantías hacia el ámbito internacional.¹²³

¹²² ibíd., pág. 109.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Y Garantías La Ley Del Más Débil “. Cuarta edición. Editorial TROTA. 2004. Pág. 38.

Se establece de esta manera una especie de similitud, no de igualdad, de los controles concentrados de constitucionalidad y de convencionalidad, el primero a cargo de los Tribunales, o Cortes Constitucionales, y el segundo a cargo de los Tribunales Internacionales.

Es ese sentido el juez García Ramírez¹²⁴, ha comparado las jurisdicciones constitucionales, con la labor que realiza la Corte IDH, en su labor de control de las normas nacionales, evaluándolas, y de ser el caso ordenado su modificación.

En cuanto a los efectos de las sentencias, de la Corte IDH y su comparación con los efectos que produce una Sentencia, de un Tribunal Constitucional, las primeras, como se ha establecido, en el acápite pertinente, tienen carácter doble (norma general, y norma especial), norma general, ya que se constituyen en cosa interpretada, y pasan a formar parte del parámetro controlador en el control de convencionalidad, y norma especial, en cuanto constituyen cosa juzgada, con efectos inter partes.

1.1.2. CONTROL DIFUSO.

De origen anglosajón y desarrollo norteamericano, responde a una realidad histórica completamente distinta, fue la reacción a los atropellos y excesos del Parlamento Inglés, que había demostrado una actitud de sojuzgamiento en las habitantes de las colonias, eso contribuyó a formar un ambiente de desconfianza, respecto a los órganos de la misma naturaleza, en consecuencia la confianza fue depositada en los jueces esto llevó a atribuirles el poder de ejercer el control de constitucionalidad como medio para asegurar la supremacía de la Constitución¹²⁵.

¹²⁴ Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, y costas. Sentencia de 7 de setiembre del 2004 serie C 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 3.

¹²⁵ TUSHNET, Mark. "Constitucionalismo Y Judicial Review". Primera Edición. Palestra Editores SAC. Lima Perú, 2013.pag 72.

La revisión judicial surgió por la necesidad de limitar el poder de las legislaturas, que en ese momento dado solo representaban los intereses de las mayorías circunstanciales, irracionales y apasionadas, en perjuicio de las minorías.

Mediante la revisión judicial o judicial review, las actividades del poder legislativo y ejecutivo, están sujetas al escrutinio judicial, en ese sentido los jueces que detentan este poder pueden invalidar actos del estado que se muestren incompatibles con la autoridad suprema de la constitución.

El desarrollo del sistema americano se vio influenciado desde sus orígenes por el derecho británico, las ideas de COKE en el caso BONHAM, sobre la existencia de un HIGHER LAW, este es un derecho superior a las leyes, lo que le permitió supeditar la validez de estas a la adecuación con la anterior.

Así los americanos utilizaron la idea de la carta magna como un derecho que ni el parlamento podía contradecir después de su independencia no olvidaron la opresión que podía producir el legislativo, así que establecieron como contrapeso al poder de este, el poder de los jueces. Así lo represento Tocqueville:

... los americanos han establecido el poder judicial como contrapeso, y barrera al poder legislativo; lo han hecho un poder legislativo de primer orden (...) el juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera, contra los excesos de la legislatura (...) la causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones, sobre la constitución más que en las leyes. En otros términos le han permitido, no aplicarlas leyes que les parezcan inconstitucionales.¹²⁶

No surge de la letra de la constitución americana, pero constituye el soporte fundamental, para la célebre decisión del caso “Marbury vs Madison”. El cual se materializo la idea del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (judicial review).

¹²⁶ HIGHTON, Elena. Op cit. pág. 114.

El control difuso de constitucionalidad es en palabras una especie de control normativo aplicado en casos específicos, dicho de otra manera la norma inconstitucional no es expulsada del ordenamiento, solo se inaplica en el caso concreto,¹²⁷ representa entonces una adecuación del principio “iura novit curia” y la obligación de administración de justicia.

Este control es una cuestión incidental, ya que se puede plantear en el desarrollo de un proceso, civil, laboral, penal, constitucional, ejecutivo, administrativo¹²⁸. En la que se considera que una disposición legal o de menor rango es inconstitucional.

Es decir no entran a tallar valoraciones sobre la validez de la norma, el juicio que hace el operador lo conduce sola a la inaplicación, de manera la norma continua vigente, pero no ha sido aplicada al cosa en concreto, desde luego esta práctica puede generalizarse a través del auto precedente, o el precedente de una corte superior causando el desuso extendido, de la norma incompatible con la Constitución¹²⁹.

La diferencia es entonces evidente, la invalidación es de carácter general, y abstracto, causa la expulsión de una norma anticonstitucional, para la cual está autorizada solo el tribunal constitucional, mientras la inaplicación, solo vuelve inaplicable la norma al caso concreto, por el mismo supuesto de la invalidación, pero de ninguna manera con los mismos efectos, ya que aun si el desuso fuera generalizado, esta norma sigue siendo derecho valido¹³⁰ y vigente.

Cabe la posibilidad, que un fallo produzca efectos más allá de las partes, esto debido al doble carácter de los procesos, o a la objetivación de los procesos que se basan en pretensiones subjetivas.

¹²⁷ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. op cit, pág. 113.

¹²⁸ Sobre este el control mediante el control difuso administrativo.

¹²⁹ TORRES ZÚÑIGA Natalia op cit, pág. 113.

¹³⁰ En el sentido de que no ha sido derogada, ni expulsada del ordenamiento, vía control constitucional concentrado.

Un ejemplo, lo representa el amparo contra ley, a través de este proceso el individuo recibe tutela jurisdiccional a fin de hacer efectivos sus derechos, pero al mismo tiempo el proceso en mención, se convierte en un medio específico para la protección interpretación y perfeccionamiento del orden constitucional vigente, en general se puede afirmar que este tipo de procesos, tiene una función general de educación en el ordenamiento estatal.¹³¹

1.1.3. VARIANTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

A lo largo de la de la historia de la jurisdicción constitucional, se han modificado los modelos primigenios, dando como resultado modelos mixtos, modelos duales, y hasta desvirtuando las características originales de los modelos de control de constitucionalidad primarios.

En principio, los modelos concentrados se han convertido en diversas variantes, se le atribuido por ejemplo a las corte supremas el poder anulatorio con efectos erga omnes, pudiendo ser también de efectos inter partes, así el control de constitucionalidad concentrado, no implica necesariamente la creación de un tribunal especial, concebido fuera del poder judicial.¹³²

La experiencia latinoamericana, así lo demuestra, pues en general han sido las cortes supremas de justicia, las que han recibido esta atribución, y en los casos en los que se han establecido tribunales constitucionales, han sido dentro de la misma esfera judicial, salvo algunas excepciones.

Es decir el poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución, puede ser ejercido tanto por las cortes supremas de justicia, en forma exclusiva, o por las cortes supremas, y los tribunales constitucionales, configurándose de esa manera un modelo mixto integral, que además del control concentrado admite un control difuso.

¹³¹ BERNAL CANO, *apud* TORRES ZUÑIGA, Natalia op cit. pág. 114.

¹³² En algunos estados de América, los encargados del control de constitucionalidad concentrado son cortes constitucionales, concebidas en el interior del Poder Judicial.

1.1.4. PERÚ MODELO DUAL

En el Perú, coexisten los modelos europeo y americano, sin mezclarse, deformarse, o desnaturalizarse, en ese sentido, se prevé un control difuso para el caso concreto, y otro concentrado a cargo de un tribunal ad hoc, que en vía de acción abstracta puede desechar, las leyes inconstitucionalidad.

Fue en la constitución de 1979, que se insertó por primera vez este modelo de control de constitucionalidad, en esta carta magna se elevó por primera vez el precepto de preferencia que todo juez debía aplicar la norma constitucional, sobre las normas legales, inconstitucionales, en sentido general la preferencia que existía de una norma de rango superior sobre la de rango inferior, estableciéndose así el control difuso de constitucionalidad, pero al mismo tiempo- por temor a la poca iniciativa judicial- se creó el tribunal de garantías constitucionales, con carácter autónomo y al margen del poder judicial, era de carácter permanente, y seguía el modelo europeo, la competencias de este tribunal fueron dos:

1. Conocer en casación las resoluciones denegatorias, de los recursos de habeas corpus y amparo.
2. Conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad.

Como es de advertir se incorporaba con esto, el modelo europeo, pero se mantenía paralelo y asilado del modelo americano, no se cruzaba con este, el poder judicial conservaba, el conocimiento y defensa de los derechos a través del habeas corpus y amparo, así en poder judicial conservaba en poder de inaplicación de las norma contrarias a la Constitución.

De esa manera la jurisdicción constitucional, y la judicial no se mezclaban, solo eventualmente, se establecía una relación, cuando el Tribunal De Garantías Constitucionales, cuando las garantías no fuesen acogidas por el judicial y que pasaba en casación, al mencionado tribunal.

En la actual Constitución se conserva en esencia el modelo, pero tienen algunas modificaciones, primero se cambia el nombre al de Tribunal

Constitucional, en segundo lugar, sus resoluciones no operan en casación, sino en fallo definitivo, para conocer los instrumentos protectores de habeas corpus, amparo, cumplimiento, etc., pero solo cuando se trata de denegatorias que se dan en tales acciones, ya que el resto se conservan en sede judicial. En tercer lugar, resuelve en exclusiva los conflictos que tengan, o se generen en los órganos del estado, que establece la ley.

Es decir en Perú la justicia se ejerce por el poder judicial, y en el caso que surja un conflicto entre una norma constitucional, y una legal, prevalece la primera, los jueces deben preferir la primera, en el mismo sentido en el conflicto de una norma legal, y otra de rango inferior, prevalecerá la legal, este es el principio de preferencia normativa, baso en la jerarquía de las normas. En el caso de la norma constitucional, también esta guiado por la jurisprudencia constitucional.

Por una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del ordenamiento las normas legales que no puedan ser interpretadas de conformidad con los preceptos constitucionales, la cual puede provocar la inconstitucionalidad de otras normas que se encuentran vinculados a estas leyes.

El tribunal diferencia el precedente, de la jurisprudencia constitucional, a diferencia del precedente, la jurisprudencia constitucional no hace referencia a una norma de vinculación general, sino a la repetición de criterios normativos contenidos en las sentencias. El tribunal ha establecido, que si se desconoce la jurisprudencia constitucional, procede el amparo, pero si se desconoce el precedente, procede el agravio constitucional, o que significa, que el precedente tiene efecto similar a una ley.

De esa manera, se ha configurado, una nueva obligación, y competencia de los jueces nacionales, tanto constitucionales, como comunes, ahora esta obligados por el derecho internacional público, de manera directa y sin ningún intermediario que traspase la obligación a este mediante un acto de delegación.

E efecto este tribunal, mediante su jurisprudencia ha aceptado, la obligación internacional del control de convencionalidad, mediante la interpretación conforme

obligatoria. Solo el tribunal constitucional, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma el último ratio, en suma el tribunal es autónomo e independiente puesto que no depende de ningún otro órgano, y solo está sujeto a la constitución, y a su ley orgánica.

El panorama parece cambiar, con la doctrina del control de convencionalidad, a través de esta se le impone a los jueces, la obligación de realizar el control de convencionalidad, bajo la teoría de la vinculación integral del estado¹³³, así el obligado con los principios de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el principio de efecto útil de los estados, y el de no alegar el derecho interno para incumplir con las obligaciones legítimamente contraídas.

En efecto de esta manera, el Tribunal Constitucional, que se guiaba únicamente por la constitución, y su ley orgánica, ahora es sujeto pasivo de una obligación, impuesta a través de un enfoque integral del estado y de sus obligaciones, justificado, toda vez que se encuentra destinado a asegurar, la vigencia de los derechos humanos.

En rigor de verdad, esta obligación fue entendida tiempo antes que fuera advertida, y gestada, como obligación implícita en la Convención Americana.¹³⁴ De hecho la posición de este trabajo, es que el control de convencionalidad se encuentra en la constitución de 1993, como una obligación general para los órganos del estado, que deban interpretar, la constitución, y los derechos en ella contenida, y a través del ejercicio del control de constitucionalidad, para órganos jurisdiccionales, y el tribunal, constitucional, aunque para esto tuvo que superarse un largo debate del rango de los tratados sobre derechos humanos¹³⁵, en el ámbito interno, la admisión

¹³³ La Corte IDH en reiterada jurisprudencia, insiste en la obligación de los jueces, como parte del estado, es decir el obligado de manera general, es el estado, en forma integral, ya que como lo afirma el juez García Ramírez, para efectos de obligaciones, y responsabilidades, el estado es un todo indisoluble, no se puede tomar solo a una parte del mismo, en consecuencia la obligación, es del estado y como órgano de este, los jueces.

¹³⁴ Según Néstor Sagüés, esta obligación, es agregada a la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención Americana.

¹³⁵ Frente a la ausencia de una norma constitucional que establecía el rango de los tratados sobre derechos humanos, se debatió por largo tiempo el rango de estos, finalmente el tribunal constitucional, estableció el rango constitucional, lo que hizo que los tratados fueran tomados como parte de la Constitución.

del rango constitucional de estos marco el inicio de la era de la convencionalidad en sede interna, puesto que al tener ese rango los tratados obtendrían los caracteres de la propia norma constitucional.

Así en determinadas situaciones se puede afirmar, que al realizar el control de constitucionalidad, se efectúa también el control de convencionalidad. Autores como Néstor Sagüés, sostienen que es un error afirmar que el control de constitucionalidad en algún momento se identifique con su homólogo de convencionalidad, ya que el primer se efectúa para garantizar la primacía de la constitución en sentido formal, y el control de convencionalidad hace lo propio con la Convención Americana¹³⁶

Sin intención de ser exhaustivos, solo con la intención de dar un ejemplo más lejano, la constitución de 1979, establecía no directamente, el control de convencionalidad, tal vez este se confundía con el control de constitucionalidad. Esta constitución, de manera clara otorgaba rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, además consagraba el principio de adquisición de los derechos humanos, que en la actual constitución se encuentra presente, pero no de manera tan exacta como lo fue en la Carta Magna de 1979, así en su artículo 105, establecía que los tratados sobre derechos humanos tenían rango constitucional, y que para su reforma debía seguirse el proceso de reforma constitucional, de esta manera otorgaba todas las características de una norma constitucional propia, por lo tanto el en ese entonces tribunal de garantías constitucionales podía realizar el control de constitucionalidad a partir de normas de la convención Americana, realizando un auténtico control de convencionalidad.

¹³⁶ Néstor Sagüés *apud*, TORRES ZUÑIGA, op cit, pág.70.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO CANAL PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INDIRECTO.

Sentada la posición de que el control de convencionalidad puede conducirse a través del canal del control de constitucionalidad. Corresponde entonces aclarar, como se puede canalizar el control de convencionalidad, a través de la justicia constitucional.

En principio partamos del presupuesto fundamental, el tribunal constitucional, ha otorgado rango constitucional, a los tratados sobre derechos humanos, con las mismas características de las normas constitucionales, así tienen fuerza pasiva y fuerza activa.¹³⁷

Su fuerza activa las dota de la capacidad, para ser parte de los procesos en la jurisdicción constitucional, ya que ha entrado al orden nacional con un rango constitucional, y ha modificado el derecho nacional.¹³⁸ Vale decir, que se puede promover acción de inconstitucionalidad con base en este derecho, en suma cuando una ley se oponga manifiestamente a la Convención Americana, es posible de una acción de inconstitucionalidad.

Esto se encuentra justificado en la fuerza pasiva, que significa que no puede ser contradicha por normas infra constitucionales, de ningún rango, ni tampoco por reformas constitucionales que afecten su contenido, en tanto derecho protegido. Esta capacidad para resistir una modificación, por parte de una norma cualquiera que sea su rango, en ese sentido establece el Tribunal constitucional que los tratados representan una barrera para la propia reforma de la constitución.¹³⁹

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0025-2005-AI/TC. Del 25 de abril del 2006. Fundamento 33.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Ibíd. Fundamento 37.

Para comprender con mejor precisión, hagamos un abreviado síntesis del control de constitucionalidad desarrollado, por el tribunal constitucional, y su adaptación al derecho internacional de los derechos humanos.

2.2.CONTROL CONSTITUCIONAL IN ABSTRACTO.

El control de constitucionalidad abstracto, se origina en el derecho constitucional, la justicia constitucional puede ser atribuida a un órgano especial, fuera del poder judicial, o también a una corte dentro del poder judicial, este no representa una dificultad, ya un órgano puede ser parte del poder judicial, pero ostentar una autonomía completa.

Más allá de su ubicación como órgano dentro o fuera del poder judicial, lo cierto es que estos tribunales, ostenta facultades únicas de control in abstracto de las leyes, para realizar un examen objetivo de estas, evaluar su constitucionalidad, independientemente de los intereses subjetivos, también pueden estos órganos aplicar técnicas interpretativas en casos concretos, es decir realizar control difuso.

El control in abstracto busca preservar la coherencia normativa, a fin de lograr la eficacia del sistema normativo, Huerta Ochoa¹⁴⁰ la define como un control a priori, en dos manifestaciones ex ante y ex post, de conflictos normativos potenciales.

2.2.1. Ex – ante.

A través de esta manifestación del control de constitucionalidad se analiza la constitucionalidad de los proyectos de ley, o de los tratados internacionales, que aún no forman parte del ordenamiento constitucional, este control se ejerce para prevenir cualquier tipo de violación de la constitución, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en su naturaleza, ya que algunos son de la posición, que este control tiene función de

¹⁴⁰ HUERTA OCHOA, *apud*, TORRES ZUÑIGA. Op cit, pág. 118.

consulta, y otros le atribuyen carácter jurisdiccional, se plantea frente a normas, de fuente nacional o internacional, que aún no forman parte de ordenamiento vigente.

El sustento del carácter jurisdiccional de este control, es que en algunos casos, el pronunciamiento del órgano, tiene carácter vinculante para el que solicita, la opinión, pues se ejerce por un órgano de carácter eminentemente jurisdiccional, independientemente de su carácter vinculante o facultativo, lo cierto es que este control es un mecanismo de control preventivo, aunque se han dado casos en que estados han establecido carácter vinculante, es el caso de España, pero se eliminó, ahora se mantiene el control preventivo sobre tratados, aunque este es facultativo.

En Latinoamérica los estados de Colombia y Bolivia tienen un mecanismo parecido de este tipo de control, en estos dos estados se cuenta con mecanismos de control preventivo a proyectos de ley y tratados internacionales.

La constitución colombiana señala mediante los numerales 8 y 10 del artículo 241, que la corte constitucional, puede ejercer control previo sobre los proyectos de ley y los tratados que el estado pretende ratificar, los efectos del pronunciamiento de la corte constitucional, son vinculantes, así cuando se decide que un proyecto de ley sometido a su conocimiento, es constitucional, el fallo tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas, lo que obliga al presidente a sancionarlo. Asimismo si la ley fuera en parte inconstitucional, lo devolverá a las autoridades a efectos de que se adecue al dictamen de la corte.

2.2.2. Ex –post.

Este control normativo es el que tiene su origen en un conflicto causado, por la vigencia de una ley cuyo contenido colisiona con la Constitución, de un estado. Cabe también la posibilidad para el caso que habiendo sido derogada la ley, tenga aun efectos.

Esta es la figura más típica que origina la expulsión de ordenamiento jurídico de una norma, como lo decía Kelsen, en ese sentido el tribunal constitucional en este caso, es un poder legislativo, en sentido negativo.

Este tipo de control también encuentra su fundamento en el principio de jerarquía, y en el hecho de que la norma constitucional es directamente aplicable y vinculante con respecto a todos los poderes del estado, a partir de ello la inconstitucionalidad se configura tanto en sentido formal y material, de esa manera es relevante la constatación, de la conformidad material de la norma, con el texto constitucional.¹⁴¹

Esta figura se plantea, tanto de manera cerrada, establecido los sujetos que tienen esa capacidad, o de manera abierta así la acción de inconstitucionalidad, puede ser planteada, por los sujetos legitimados para hacerlo por un número de ciudadanos, o por cualquier individuo a manera de actio popularis.

En todas las situaciones se trata de un proceso no involucra la afectación de un derecho contenido en la constitución, en realidad se trata de un examen de validez de la norma, por lo que los efectos del fallo tienen carácter de generalidad en el ordenamiento jurídico.¹⁴²

2.3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El tribunal constitucional Como máximo órgano de interpretación de la constitución tiene a su cargo, en primer lugar e control constitucional abstracto, y eventualmente el control constitucional difuso esto es, en un caso en concreto, cuando existe un conflicto en torno a la vulneración de un derecho, así sus sentencias, pueden ser de carácter general o de carácter específico, con incidencia únicamente en la esfera individual.

Como es evidente si queremos enfocar el control de convencionalidad, a través del control de constitucionalidad, en este caso a través de las garantías

¹⁴¹ Torres Zúñiga. Op cit. pág. 121.

¹⁴² Ídem

constitucionales, debemos tener tres asunciones básicas, la primera, que el bloque de convencionalidad se identifica con el bloque de constitucionalidad, y la segunda la objetivación de los procesos constitucionales es decir la cosa interpretada como parte de una sentencia del Tribunal Constitucional, que va contribuir a aumentar el acervo jurídico en derechos humanos; finalmente, el valor de los instrumentos internacionales, y la jurisprudencia de los organismos internacionales creados para su interpretación y custodia, esta constituye, mas puramente, un sistema constitucional, y se refleja en el derecho constitucional internacional. Debemos aclarar que el orden en que han sido enumeradas estas tres cuestiones, no implica un orden de importancia ya que los tres, son igualmente importantes.

El primer asunto en cuestión ha sido por demás explicado a lo largo, del presente documento, esta puede ser abordada de diferentes ángulos u ópticas, primero a través de la constitucionalización, del derecho internacional, lo que permite integrar, mejor dicho adquirir, el derecho internacional de los derechos humanos, y hacerlo propio pasando a integrar el derecho nacional, y hasta como lo ha dicho el tribunal constitucional, modificar el derecho, cambiarlo, en la escala normativa constitucional, de esa manera se concretiza su fuerza activa-del derecho internacional de los derechos humanos, es decir de los tratados internacionales sobre esta materia-. Por otro lado la fuerza pasiva que tiene este derecho constitucionalizado, le da la capacidad, para soportar cualquier ataque de normas infra constitucionales, en sentido contrario, puede ser utilizado también para promover las garantías constitucionales, como derechos constitucionales, pueden ser el sustento para promover una acción de inconstitucionalidad, popular, y como es evidente para el control constitucional, como parte del bloque constitucional pertinente, es decir del derecho *viejo*, que ha complementado, enriquecido, o modificado en su contenido.

La constitucionalización en *estricto*, se refiere al derecho positivo internacional, es decir el derecho interna hace suyo al derecho internacional establecido, mediante los instrumentos internacionales, sin embargo también no se debe descartar los derechos nuevos, creados para proteger la dignidad humana o

fundados en esta¹⁴³, estos son producto del activismo tribunalicio, en confrontación con los cambios sociales tecnológicos, científicos que implantan nuevas necesidades, y demandas mayores soluciones.

Así también forman parte del derecho interno, los derechos que han sido producto de la actividad judicial, destinados a proteger los derechos humanos, no solo de los tribunales internos, también de los internacionales y de otros estados, este es el dialogo jurisprudencial que produce un flujo normativo jurisprudencial, de la corte IDH, a los estados, también de los estados hacia aquella, y desde luego, de estado a estado, en ese sentido la Convención Americana, funciona como un *punte jurisprudencial*. En conclusión la apertura constitucional, también incorpora derechos a la Constitución, teniendo desde luego la misma fuerza que la Constitución.

En segundo lugar tenemos la objetivación de los procesos constitucionales, sabemos ya que el control de constitucionalidad abstracto, realizado por Tribunal constitucional es de carácter general, invalida una norma dando como resultado, su expulsión del ordenamiento jurídico.

Sin embargo cuando hablamos de procesos constitucionales, cuya tutela, es de carácter subjetivo, con efecto inter partes, puede suceder que sus alcances se extiendan y contribuyan a enriquecer la jurisprudencia constitucional, así sucede con las interpretaciones de la constitución que contribuyen a fortalecer el sistema constitucional, orientado a la protección de la persona humana.

Debemos aclarar por supuesto que el tribunal constitucional, conocerá este tipo de procesos, según sus competencias mediante, el agravio, esto sin embargo no cambia, que subjetivación excesiva de los procesos constitucionales, ante el tramitado, pueda significar una ausencia de parámetros constitucionales definidos¹⁴⁴.

Pablo López además agrega que es posible, que al concentrarse en los detalles del caso en particular, se pierda de vista el ordenamiento constitucional

¹⁴³ Citación directa presente en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

¹⁴⁴ LOPEZ PIETSCH, Pablo. "OBJETIVAR EL RECURSO DE AMPARO: LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN BENDA, Y EL DEBATE ESPAÑOL", pág. 138. consulta, 27 de agosto de 2013. <www.accesoalajusticia.org/documentos/getbindata.php?dcfid=2272>

general¹⁴⁵ y global en el que debe estar inserta una sentencia constitucional, y en el marco del presente documento, trasciende a los límites de la convención americana, de manera específica, aunque como es de notar el control de convencionalidad, en el caso peruano, puede abarcar también el sistema universal.

La objetivación del proceso de amparo, contribuiría, a clarificar la jurisprudencia constitucional, a determinar la norma protectora de los derechos, esta norma que es en buena cuenta, complementada y mejorada, por el derecho internacional de los derechos humanos, así la objetivación del proceso de amparo, podría conducir a una mejor tutela de los derechos subjetivos¹⁴⁶, y que finalmente es lo que se quiere a través de los procesos constitucionales, además de fortalecer de manera generalizada, al sistema normativo general de un estado.

El dialogo jurisprudencial, es sumamente importante en este aspecto, toda vez que será el TC quien a través de la aceptación y asimilación de la jurisprudencia de la Corte IDH, realizara una especie de traslado del acervo jurídico, hacia la jurisdicción interna, aliviando al menos en algo la carga que Néstor Sagúes ha calificado de dificultad operativa para el control de convencionalidad, bajo los términos de amplitud de la jurisprudencia de la Corte¹⁴⁷.

La propuesta en este documento, es que las sentencias constitucionales objetivadas, mediante precisiones teóricas, y prácticas, utilizando el canon interamericano, para modelar el sistema jurídico nacional, asimilando los criterios de las cortes internacionales, y desde luego producto de la objetivación de los procesos constitucionales irradiando a todo el sistema jurídico interno.

En tercer lugar, se encuentra el valor o rango que pueda tener la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH, esto implica que dependerá del rango normativo, que asuma en los escenarios nacionales, para modelar el control de

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Ídem, pág. 129.

¹⁴⁷ El autor propone que una dificultad para el control de convencionalidad lo representa, la inmensidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir un juez debería revisar, miles de folios para encontrar un criterio de dicha corte y aplicarlo como parámetro, situación que como se explicó, seria aminorada, a través del dialogo con la jurisprudencia constitucional, que se entiende es mas afin, con el derecho internacional, que funciona como parámetro convencional.

convencionalidad, como control de constitucionalidad, así en los sistemas que tengan rango supraconstitucional, el control de convencionalidad se puede aplicar incluso sobre las constitucionales, pre j, Costa Rica, en los modelos en que el rango sea constitucional, como el nuestro el control será armonizante con la constitución, y represivo con las normas infra constitucionales, finalmente en el caso que la CADH, tenga rango infra constitucional, el control que con él se ejerza, no podrá siquiera compararse con el control de constitucionalidad.

2.4. JUSTICIA COMÚN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

En el caso trabajadores cesados del congreso, la Corte IDH hace una precisión importante que ha servido a la doctrina, para modelar las competencias en cuanto a la obligación del control de convencionalidad, así adscribe esta obligación a las competencias propias de los órganos judiciales, en el escenario doméstico, con este fundamento se ha dicho que no todos los órganos judiciales, pueden realizar en control represivo, sino que este viene definido por el modelo de control de constitucionalidad que tenga cada estado, en nuestro caso, con un modelo dual de control de constitucionalidad, el común de los jueces se encuentra habilitado para realizar el control represivo de convencionalidad.

En ese sentido cuando un juez advierta un conflicto entre una norma doméstica y la Convención Americana, deberá preferir la última, sobre la primera, y aplicarla al caso concreto, desde luego no solo debe observar el texto normativo de la CADH, sino las interpretaciones que de esta ha hecho la Corte Interamericana.

SUBCAPITULO III

NOTAS ADICIONALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

1. LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

El derecho internacional, tiene varias formas de incorporarse al derecho nacional. Así hay estados en los que la recepción del derecho de fuente internacional, es automático, requiriendo solo algunos actos “protocolares”, y hay estados en los que se requiera de una aceptación especial, en consecuencia un procedimiento especial, que se refleja en a través de un acto normativo interno.

En Latinoamérica, la mayoría de los países acogen el sistema de incorporación automática, este sistema resulta fundamental, debido a la vigencia y aplicación del derecho de fuente internacional, y las obligaciones internacionales en los escenarios nacionales. Esto debido a que, como bien lo enseña, Fix Zamudio, una vez que se cumple con los requisitos para integrar el derecho internacional, al interno, aquel constituye, derecho nacional, de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad, y aplicabilidad en el ámbito doméstico.

La consecuencia directa de esta teoría como la anota Ferrer Mac Gregor, es que los tratados internacionales, tienen eficacia directa en los territorios de los estados miembros que los hayan adoptado¹⁴⁸. En este sentido la Convención Americana, constituye derecho interno, pero si seguimos esta teoría, debemos entender que no solo la convención Americana es derecho interno, sino que también lo son otros convenios, u otros dispositivos, de carácter regional, o internacional, en ese sentido se ha pronunciado Ferrer Mac Gregor, cuando establece que el llamado “Bloque de Convencionalidad” varia de estado en estado, y que podría ser utilizado, por la Corte Interamericana, de manera indirecta¹⁴⁹.

¹⁴⁸ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”. Biblioteca jurídica de la UNAM. Visita 10 de agosto de 2013. www.juridicasunam.mx

¹⁴⁹ El Bloque de convencionalidad según el autor citado, puede ser diferente, según el estado que se encuentre como parte en litigio, la Corte IDH, puede válidamente tomar cualquier convenio de naturaleza regional, o internacional, para darle contenido a la CADH, en ese sentido, la Corte se perfila

La condición de derecho nacional, de los tratados internacionales, es una cuestión muy generalizada y aceptada, lo que si queda por definir es el grado que le den los estados a este derecho de fuente internacional, es importante porque de ello dependerá el control difuso de convencionalidad, y sus alcances.

Paralelamente a la importancia y relevancia de la CADH, nos interesa también saber la el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, esta ha ido creciendo en las últimas décadas, según Ferrer Mac Gregor, las sentencias del Tribunal Interamericano tienen carácter de norma (individual y general)¹⁵⁰, éstas derivan de la CADH, en consecuencia tienen el mismo valor que aquella, en ese sentido a dicho Ferrer Mac Gregor, que parece contraria a la idea de que, no se puede invocar el derecho interno para incumplir obligaciones internacionales, el hecho de que sea indispensable una norma que regule la incorporación y obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, en los escenarios nacionales¹⁵¹.

En relación a la obligatoriedad, de las sentencias de los tribunales regionales, sobre derechos humanos podemos sostener, que la integración de los sistemas regionales en la protección de dichos derechos, constituye, el germen para la reordenación de los sistemas jurídicos, de los estados miembros, tanto en las esferas de tutela de los derechos, como en como en los mecanismos nacionales, destinados a garantizarlos.

Es de menester aclarar, que la emisión de una norma individual vinculante para el Estado, tiende a producir un impacto normativo interno, especialmente en el sector jurisdiccional nacional, ya que dota de nuevo contenido a diversas figuras, procesales y a derechos fundamentales; por sentar las bases de nuevos derechos y obligaciones, para los poderes públicos, y porque crea una necesidad irremediable, de reinterpretar el ordenamiento jurídico a partir de su presencia.

como un verdadero tribunal supranacional, porque estaría tomando el derecho nacional,- de fuente internacional-y aplicándolo en el caso concreto.

¹⁵⁰ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional", pág. 4Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

¹⁵¹ Ídem, pág. 6.

Pronunciándonos en el mismo sentido, la posición asumida en este documento, es que dota de contenido a los derechos fundamentales, ampliando el bloque de constitucionalidad, de estos, toda vez que el derecho internacional de los derechos humanos, es parte de del derecho nacional.

Debemos anotar que lo que constituye un elemento de vital importancia, es precisamente la relación entre el derecho, y jurisprudencia convencional, y el derecho y jurisprudencia constitucional, ya que de esta dependerá, la cobertura y eficacia de aquella.

Además debemos agregar el rol vital e importante que tiene la conciencia del estado, de la vinculación que tiene respecto del derecho internacional, esta hará más fácil, la articulación normativa necesaria, en el ámbito jurisdiccional, para la eficacia de las sentencias sobre los derechos humanos, así un sector de la doctrina advierte que el condicionamiento de los estados, y la creación de tribunales internacionales, está gestando un nuevo entendimiento procesal del control de las actuaciones públicas, porque no decirlo hasta del derecho.

Esto ha tenido repercusiones desde hace tiempo en el sistema europeo, y como es de notar ha tomado también importancia en el sistema interamericano, así, podemos mencionar que las recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos, puede volverse obligatorias, si los estados las aceptan expresamente, y las sentencias y la jurisprudencia de la corte interamericana resultan obligatorias, por cuanto respecta a la violación de derechos, previstos en la convención americana, y protocolos adicionales.

Así prevé el artículo 68.1 de la convención americana: “ los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en el que sean parte” esto desde luego no significa que las sentencias de la corte interamericana, sean de carácter ejecutivo per se, ya que depende de cada ordenamiento interno, regular su cumplimiento, sin embargo debeos aclarar que esta produce una expansión en el estado, de la obligación, impuesta mediante la sentencia, a todos sus poderes públicos.

Es conveniente aclarar que la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana sobre derechos humanos, es una de las manifestaciones de la obligatoriedad de los derechos fundamentales de fuente internacional, en otras palabras es la capacidad vinculante de los instrumentos internacionales, lo que da cabida a la vinculatoriedad de las sentencias regionales.

2. DIALOGO ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL INTERAMERICANA, Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, NACIONAL.

Tanto la Corte Interamericana, como el Tribunal Europeo, han tenido la ocasión de analizar, la correspondencia entre la normativa interna, y la normativa internacional¹⁵², desde esta óptica los tribunales nacionales se han visto condicionados por las directrices y las interpretaciones, de los tribunales internacionales.

El condicionamiento de los estados y la creación de tribunales internacionales con las atribuciones de garantizar los derechos humanos, crea un clara idea de supremacía convencional, y una idea lógica de preeminencia de la convención frente a las constituciones nacionales, sin embargo, también es cierto que las constituciones también tienen una cierta preeminencia fáctica sobre las sentencias de los tribunales regionales, sobre derechos humanos, así sostiene Ferrer Mac Gregor, que finalmente son los tribunales nacionales, los que deciden la efectividad que tendrán los tratados internacionales en los escenarios nacionales y con ello la eficacia de los mismos las sentencias internacionales¹⁵³.

¹⁵² Este fenómeno resulta evidente debido a la internacionalización, del derecho constitucional y las garantías constitucionales; y de la constitucionalización del derecho internacional.

¹⁵³ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, supra nota 150.

De ahí es que se hable de una especie de preeminencia de la constitución, y jurisprudencia constitucional, sobre la convención, y la jurisprudencia convencional, en consecuencia se constituye un verdadero dialogo jurisprudencial.

Esta es una opinión que no comparto, ya que los tribunales constitucionales, nacionales son operadores jurídicos, cuya función es interpretar, la constitución, y velar por la primacía de esta en ese sentido un tribunal nacional, no puede decidir el contenido que esta, tenga máxime si es la norma fundamental, y es ella misma, es la que define sus limitaciones, así cuando esta norma se proyecta hacia el derecho internacional, haciéndolo suyo, mediante su constitucionalización, este derecho internacional, ya es parte de la propia norma constitucional, y en consecuencia sus efectos no pueden ser mermados, por los tribunales nacionales, toda vez que protegen los derechos humanos, y además obtienen la protección de la primacía constitucional.

Con respecto al dialogo jurisprudencial, podemos afirmar que concordamos, toda vez que para la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tengan eficacia dentro de los escenarios nacionales, se requiere el pronunciamiento, de los altos tribunales nacionales, máxime si entendemos que la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, son normas de carácter individual, y su generalidad está condicionada.

Dejando las opiniones personales y volviendo al tema, podemos afirmar que un ejemplo de ese dialogo jurisprudencial, lo constituye el control de convencionalidad nacional, ya que la corte ha establecido que el control de convencionalidad tiene dos dimensiones: una la que es realizada por la propia corte, como parte de sus funciones de interpretación, y la otra la que viene a imponer a los “poderes públicos de los estados”, que deben realizar en sede nacional, para ser más específico, Ferrer Mac Gregor, habla de la imposición, a los operadores jurídicos, y en particular a los jueces¹⁵⁴, establece además que estos deben interpretar las normas nacionales, conforme a la convención, y atendiendo al principio pro persona.

¹⁵⁴ Ídem, pagina. 10

Además debemos recalcar, la relación, de los ordenamientos, nacional, e internacional, ya que cuando la Corte Interamericana establece el control de convencionalidad como una obligación de los operadores jurídicos nacionales, establece también la obligación que estos tienen con sus ordenamientos domésticos, en ese sentido lo primero que debe hacer un operador, es una interpretación conforme, esta interpretación conforme no solo debe tener en cuenta a la CADH, sino también a las interpretaciones que le da la Corte Interamericana. Sin embargo puede llegarse el caso de que el propio derecho nacional, sea sobrepuesto a la convención, cuando aquel sea más favorable a este en virtud del principio pro persona.

Respecto a la relación del derecho internacional de los derechos humanos, con el derecho constitucional de los estados, se ha afirmado, que la validez de los primeros está condicionada, a que respete los textos constitucionales, y paradójicamente se puede examinar la validez de las constituciones, a la luz de los tratados internacionales. Este es uno de los problemas en los que se debe trabajar para encontrar, el punto de equilibrio en esta doctrina.

La pregunta es cómo lograr ese equilibrio, por un lado la Corte Interamericana debe respetar un cierto margen, decisorio de los estados miembros definidos en última instancia por los tribunales nacionales, (son los llamados márgenes de prudencia), al mismo tiempo, los tribunales, como garantes, y por tanto fieles cumplidores del ordenamiento deben acoger la jurisprudencia que va emitiendo la Corte Interamericana, en ejercicio de sus funciones, en atención al deber que tienen de dar cuenta, y justificar a la sociedad el sentido de sus sentencias, - máxime si tenemos en cuenta el rol tanto de la constitución, en su parte dogmática; y de la convención americana, ambas destinadas a proteger los derechos humanos- de conformidad con las garantías de motivación, fundamentación y exacta aplicación de la ley.

Otro punto angular en la relación de los derechos, nacional e internacional, es la subsidiariedad del sistema interamericano, este al igual que el sistema europeo, se

adoptaron para reforzar la garantía de los derechos humanos, y no para reemplazar las vías nacionales de tutela¹⁵⁵.

Su efecto es crear una garantía internacional subsidiaria, -ya que la corte, no se perfila como un tribunal de cuarta instancia¹⁵⁶- que se añade a aquellas que los ordenamientos internos de los estados, proporcionan a los individuos y grupos sujetos a su jurisdicción. Mediante tales sistemas, se asegura que los estados respeten los alcances “mínimos” de los derechos y libertades reconocidos, convencionalmente. En consecuencia tanto en el sistema interamericano, y europeo, se activan solo previo agotamiento de la vía interna.

Esa concepción denominada, Principio de subsidiariedad, supone que los estados miembros, a través de los jueces nacionales, y en último caso por los tribunales constitucionales, sean quienes realicen en primer loga la jerarquización y el balance de los derechos fundamentales, solo si esa definición de los derechos protegidos, constitucionalmente llegara a afectar el contenido de los derechos reconocidos internacionalmente, el tribunal regional, puede intervenir y así lograr la verdadera, reparación.

Creemos que es importante, definir, que la función subsidiaria, de la Corte Interamericana, con la finalidad de proteger los derechos humanos, custodiados en la convención americana, no es absoluta, y ajena a las manifestaciones propias de los estados, sino que debemos entender que los tratados regionales sobre derechos humanos reconocen la diversidad, y pluralidad de los estados miembros, en varios sentidos, en primer lugar, porque su propia creación plurinacional, ha generado que las normas, principios y criterios que ella se contienen sean suma de tradiciones culturales y constitucionales de sus miembros¹⁵⁷, por otro lado porque el sistema

¹⁵⁵ Ídem página. 11

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C 220. Voto razonado y concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor. Párrafo 13.

¹⁵⁷ Esto es lo que la doctrina asume como la internacionalización del derecho constitucional, que da como resultado un instrumento, de naturaleza heterogénea.

encuentra su funcionamiento en una zona territorial heterogénea, compuesta por esa diversidad jurídica, que continua nutriendo, y aun condicionando en cierta medida, la actividad jurisdiccional regional¹⁵⁸.

Además debemos reconocer la estrecha relación de la Convención Americana, con el derecho interno, ya que es esta quien establece esta relación, por ejemplo el artículo 32 de la Convención Americana, establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Así la Corte Interamericana debe reconocer a los estados un margen de apreciación y de valoración.

3. LA CORTE INTERAMERICANA COMO INTERPRETE CONSTITUCIONAL, EN SU DOBLE ÁMBITO DE VALIDEZ.

En las últimas décadas se han ido creando, los tribunales supranacionales, así en Europa por ejemplo el Tribunal Europeo, en América, la Corte Interamericana, y en el sistema africano, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, estas cortes se han ido configurando paulatinamente, como los intérpretes últimos y operadores por excelencia, de los instrumentos internacionales, a manera de una especie de jurisdicción constitucional, internacional.

Esta dimensión del derecho procesa constitucional, cobra, especial importancia en materia de la protección de los derechos humanos, si citamos por ejemplo el ámbito europeo, se está perfilando un derecho constitucional europeo, dimensión amplia donde se encuentran los derechos fundamentales, de manera que el tribunal Europa de derechos humanos sea el órgano de cierre, del sistema en esta

¹⁵⁸ Esta es la respuesta lógica al fracaso del modernismo jurídico, quien pretendía un universalismo absoluto, mas propiamente dicho, un universalismo radical, tras este el postmodernismo, reconoció que es esto imposible, lo que si no podemos negar, es la existencia de cánones mínimos, es decir se reconoce el universalismo, relativo en el cual existen principios y valores, que deben ser universales, dejando a otros a condicionamiento de la propia cultura nacional.

materia, así también en el sistema interamericano, se configura un amparo internacional.

La corte interamericana progresivamente se está afianzando en su calidad de interprete, final de los derechos humanos, no solo por los casos que resuelve, interpretando el Pacto de San José, cuyas jurisprudencia se configura en vinculante para los estados parte en el litigio internacional, sino también por la referencia a su jurisprudencia que sobre todo durante los últimos años, los tribunales nacionales, han hecho, en ese sentido expresa Ferrer Mac Gregor, que se advierte una concepción cada vez más marcada, de la convención americana como una constitución, y de los tribunales supranacionales, como tribunales constitucionales internacionales.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, se ha venido realizando durante muchos años a través, de las cláusulas constitucionales de apertura hacia el derecho internacional, como a través de la jurisprudencia constitucional.

La manifestación más clara de este fenómeno la constituye el hecho de otorgar rango constitucional, a los tratados internacionales de derechos humanos. Cada vez son más los estados que han la han aceptado, superando la clásica idea de la legalidad, esto del rango de ley de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto ha sucedido, en Chile, Argentina, Colombia, Costa rica, Perú, Paraguay, y recientemente en República Dominicana, la que en su más reciente constitución ,. Proclamada el 26 de enero del 2010, se establece:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

También debemos citar el caso mexicano, en donde adquieren rango constitucional, los derechos humanos previstos en tratados internacionales.

Incluso, podemos citar estados en los cuales se otorga jerarquía supraconstitucional, a los instrumentos internacionales, en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables, en la protección de los derechos, como se establece en Bolivia, Ecuador, Venezuela, o través de la jurisprudencia, como en Costa Rica.¹⁵⁹

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales, en las constituciones nacionales puede constituir parte de un bloque de constitucionalidad, adhiriéndose a los derechos propios de la Constitución, y en consecuencia, forman parte de los mismos, lo que conllevaría a que puedan ser utilizados como parámetro controlador, en el control de constitucionalidad, este de manera indirecta, se manifiesta como un control de convencionalidad.

En ese sentido debemos aclarar que los derechos fundamentales contenidos en las constituciones, se ven ampliados por los contenidos de los derechos humanos de fuente internacional, ya que estos, sin estar de manera concreta en los textos constitucionales, son parte del derecho interno, y tienen rango constitucional.

Así el bloque de constitucionalidad se ha venido ampliando, además de los previstos en los tratados internacionales, también por la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, así lo han reconocido las corte constitucionales y tribunales, de varios estados latinoamericanos. Lo anterior establece Ferrer Mac Gregor, en un paso a un “bloque de convencionalidad”, o si se prefiere a un “bloque de constitucionalidad”, la posición sentada en este documento es distinta, ya que entendemos que distinto el bloque de convencionalidad, conformado por todos las convenciones y protocolos adicionales, conjuntamente con

¹⁵⁹ La Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los instrumentos internacionales “priman sobre la constitución” en la medida en que otorgan mayores derechos y garantías. En la sentencia 3435, del 11 de noviembre de 1992, relativa al beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera, casada con costarricense.

otros tratados, de naturaleza protectora de los derechos humanos, sea que fueran estos, regionales o universales, distinto es el bloque de constitucionalidad que integran, los derechos reconocidos, en los instrumentos internacionales, ya que estos pasan a formar parte de los bloques de constitucionalidad de los derechos, que protegen, por ejemplo el protocolo de san salvador, es parte del bloque de constitucionalidad de en derecho a la integridad física y psicológica.

5. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Para comprender este acápite, debemos hacer mención a las obligaciones internacionales en general, toda vez que el control de convencionalidad constituye una obligación internacional, relativa a los derechos humanos, e intrínseca en el espíritu mismo de la CADH, establecida para conseguir el objeto y fin de la misma.

5.1. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.

La responsabilidad gira en torno a los fundamentos del derecho internacional público, en primer lugar debemos establecer que los estados son responsables, por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, y además por los hechos ilícitos internacionales, que cometa cualquier funcionario de un estado.

En 2001 la CDI de la ONU, presento el proyecto, de la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos convirtiéndose en la base del sistema interamericano de responsabilidad estatal, ya que la corte a través de la vía contenciosa declara la

responsabilidad de un estado, por un hecho (acción u omisión), que el derecho internacional considere ilícito o incompatible con un parámetro interamericano¹⁶⁰.

Esta responsabilidad puede emanar de la actuación u omisión de los órganos del estado, y excepcionalmente por los privados que actúen en su nombre o por su encargo, además genera la responsabilidad internacional del estado, la relación entre el privado y el estado, la misma que ha trascendido los límites de los ilícitos internacionales. Para el caso nos interesa la responsabilidad, por actuaciones de los órganos del estado, toda vez que son ellos los que eventualmente pueden realizar en control de convencionalidad.

La responsabilidad en el control de convencionalidad, puede ser abordada desde dos perspectivas, en primer lugar la responsabilidad que genera, el incumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad, de los jueces nacionales, la misma que se ha establecido en vía jurisprudencial, pero que podemos encontrar su raíz en el propio texto normativo de la CADH, esta responsabilidad es establecida por la Corte IDH, bajo el razonamiento que nos lleva a afirmar que una acción o norma contraria a la Convención Americana, constituye un ilícito internacional. Y por otro lado la responsabilidad que genera la expedición, y aplicación de normas inconvenional; sobre el particular todavía se discute si la opinión consultiva, considerada esta como guía orientadora, constituye una obligación, o es una facultad de los estados¹⁶¹, en este documento se asume la primera postura, sobre la base precisamente de la responsabilidad internacional que genera la expedición de normas contrarias al Pacto de San José de Costa Rica.

A primera vista, pareciera que ambas supuestos- los que generan responsabilidad internacional de los estados, se confunden en uno solo, pero en rigor de verdad, no es así. Ya que el control de convencionalidad, como obligación cuyo incumplimiento genera, responsabilidad internacional de los estados, se encuentra establecida implícitamente en la CADH, y de manera explícita, en la jurisprudencia de la Corte IDH. Por el contrario tenemos por sentado que la expedición de normas contraías al

¹⁶⁰ TORRES ZUÑIGA, Natalia. Op. Cit. pág. 34.

¹⁶¹ Ídem. Pág. 35.

Pacto, generan responsabilidad internacional, pero no podemos afirmar de manera generalmente aceptada que la opinión consultiva constituya una obligación recalcamos es la opinión sentada en este documento la cual sustentaremos.

5.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD OBLIGACIÓN INTERNACIONAL, Y RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.

El derecho internacional, publico es el derecho que regula las relaciones entre los sujetos con personería internacional, el mismo encuentra sus fuentes, según el estatuto de la Corte Internacional de justicia, entre otros, en los tratados, para el caso entonces, la fuente inmediata de las obligaciones en cuanto a derechos humanos se encuentra en la CADH, este documento es la fuente máxima de los derechos humanos en el sistema de protección regional, y por ende del se desprende las obligaciones inherentes de los estados, para conseguir su objeto y fin, que como lo establece la Convención Americana en su preámbulo, es la protección de lo dignidad humana, además de hacer referencia al protagonismo del ser humano, en la nueva concepción del derecho internacional, situación que no está definida por la nacionalidad¹⁶² sino que más bien se encuentra definida por la calidad humana y es una cualidad intrínseca

Ahora bien luego de otorgarle protagonismo individual en el DIP al ser humano, sigue como consecuencia lógica, establecer obligaciones que deben ser respetadas, por los estados en el trato de sus nacionales, ya que el ser humano ha alcanzado un nuevo espacio en el derecho internacional, por lo tanto es sujeto del mismo y tiene su protección, de manera subsidiaria claro, pero que a raíz de la jurisprudencia de la Corte IDH va a trascender los limites estatales he implantarse dentro de los propios estados.

¹⁶² Convención Americana de Derechos Humanos, preámbulo.

En los artículos 1 y 2 de la convención americana, se establece las normas generales que son aplicables a las relaciones entre estados y personas, en el primero se establece dos tipos de actividades estatales destinadas a cumplir con lo establecido en la Convención Americana.

5.3. LA RESPONSABILIDAD POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL PACTO.

Sobre la opinión consultiva como guía para establecer el derecho interno, debemos mencionar, la opinión consultiva OC- 14/94, en la que se establece la responsabilidad de los estados por la expedición de leyes contrarias al pacto, y por la aplicación de las mismas por parte de los agentes públicos, la CIDH, formula la petición en los siguientes términos.

[1] Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, [¿] cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado? [. . .]

[2] Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, [¿] cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?¹⁶³

Evidentemente, no se trata de una opinión respecto de la obligatoriedad de la propia opinión consultiva, sino de los efectos que tendrá la expedición y aplicación de leyes contrarias al pacto, sin embargo se hace evidente también en esta opinión, que los estados tienen la obligación de no emitir normas contrarias a la convención americana.

¹⁶³ Opinión consultiva OC- 14/94. Del 9 de diciembre del 94. Parte resolutive.

Esta posición es obtenida a partir de la teoría de las obligaciones internacionales, la que es generada por el incumplimiento de una obligación, en la opinión consultiva en análisis se hace notar, que el actuar ilícito. A saber existen dos momentos, en el actuar ilícito estatal, o al menos eso ha entendido la Corte IDH, ya que establece claramente, que cuando el legislativo falla en su labor de dictar normas que se adecuen a la Convención Americana, el judicial, debe realizar el control de convencionalidad.

En primer lugar para distinguir estos momentos y en concordancia lo expresado por la Corte IDH en la opinión consultiva en análisis, establece, que en la labor legislativa se pueden dar dos supuestos, el primero, de las leyes autoaplicativas, que con la sola entrada en vigencia, modifican, situaciones jurídicas- en sentido amplio, abarcando por supuesto derechos- a este tipo de normas la corte las llama de aplicación inmediata¹⁶⁴ aclara que en este tipo de normas la violación se produce, con la sola expedición de la norma, en consecuencia, se produce la responsabilidad internacional del estado con la sola expedición de las normas, a partir del actuar del legislativo.

Por otro lado en las normas heteroaplicativas- no han sido llamadas de esta manera por la Corte IDH aunque se refiere a este concepto- en esta caso, en necesaria la aplicación de la norma, toda vez que no se verificara la violación, sin antes realizar el acto o actos que son necesarios para que la ley trascienda la esfera individual o colectiva de los derechos humanos. En ese sentido se pronuncia la Corte Interamericana cuando establece el procedimiento para cuestionar la convencionalidad de este tipo de normas, ya uqe es necesario la recepción por parte de la comisión de una denuncia o queja de la violación concreta de un derecho.¹⁶⁵

Lo anterior se reafirma el caso Ximenes lopes vs Brasil, en este caso la corte dedica, un apartado para establecer a jurisprudencia correspondiente a las obligaciones estatales, y la responsabilidad que deriva de su incumplimiento. La Corte se pronuncia bajo los siguientes términos:

¹⁶⁴ ibíd. Pág. 14.

¹⁶⁵ Ibíd. Pág. 15.

(...) A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁶⁶

En el mismo sentido se pronuncia en el caso Almonacid Arellano, en su párrafo 118, pues bien la parte final del pronunciamiento, deja un amplio margen para que los estados puedan adaptar sus políticas internas, es decir cuando habla de expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, los estados entonces tienen libertad sobre sus políticas internas siempre que sean efectivas para garantizar la vigencia de los estándares mínimos, la corte en este sentido se ha pronunciado respetando el margen de prudencia, del que según Néstor sagúes dependerá la efectividad del control de convencionalidad y en suma del éxito del sistema regional de protección de los derechos humanos.

En este pronunciamiento se deja sentado la doble obligación de los estados para garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos, en su propia esfera. Lo que sigue es clarificar el rol del estado frente a los privados, la Corte ha afirmado también, que es función del estado asegurar, que los particulares, no vulneren los derechos humanos.

5.4.EL RESPONSABLE EN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En cuanto al responsable en la violación de los derechos humanos a través de los ilícitos internacionales debemos mencionar, que la corte ha establecido, que puede ser el estado, y los órganos públicos.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso "Ximenes López vs Brasil". Sentencia del 4 de julio del 2006. Párrafo 83.

Respecto de la responsabilidad del estado, esta puede derivar de dos supuestos; de la acción de los agentes u órganos públicos, este concepto ha sido ampliamente reiterado, y proviene de la teoría del derecho internacional, publico, ha sido ratificado por la Corte interamericana también en la opinión consultiva OC-14/94, que en su considerando 56:

(...) Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 170; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 179). (...)

En el mismo sentido se ha pronunciado en el caso Ximenes Lopes¹⁶⁷, en este caso además la Corte IDH, ha agregado la responsabilidad por la omisión de prevención, que se manifiesta cuando el estado no toma las medidas para prevenir que los terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos por los derechos humanos. Agrega además que entre estos extremos de responsabilidad se encuentra la conducta de una persona o entidad que aunque no sea funcionario u órgano estatal, actúa por cuenta de este¹⁶⁸, es decir está autorizada por la legislación para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental, por lo tanto el actuar de estas personas o entidades son atribuibles al estado en consecuencia generan responsabilidad del estado.

En segundo lugar tenemos la responsabilidad que puede ser atribuible a los órganos de manera particular, en la opinión consultiva, en análisis también en el párrafo 56 la corte establece que cuando la violación de los derechos humanos constituye adicionalmente un delito internacional, generara además de la responsabilidad estatal, responsabilidad individual, de los agentes o funcionarios que la ejecutaron¹⁶⁹.

Así mismo citando la resolución N° 764 del 13 de julio de 1992 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estableció, que quienes ordenen o cometan

¹⁶⁷ ibíd. Párrafo. 86.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Opinión consultiva OC – 14/94. Del 9 de diciembre del 2004.

violaciones graves de los convenios (de Ginebra), son considerados personalmente responsables de dichas violaciones¹⁷⁰.

5.5. RESPONSABILIDAD POR APLICACIÓN DE NORMAS INCONVENCIONALES.

Existe además de las obligaciones generales contenidas en los primeros artículos, obligaciones de no vulnerar un derecho mediante la aplicación de una ley inconvencional.¹⁷¹

Así entendido es posición de este documento, que el hecho de sancionar la aplicación de normas contrarias a la Convención, comporta una obligación refleja, que es no aplicar esa norma, y esta es una obligación compartida por todos los órganos del estado, se constituye entonces en un deber general y desconcentrado.

Al respecto existe la opinión consultiva OC 14/94, que establece la responsabilidad por la expedición, y aplicación de normas contrarias al pacto, surge a raíz, de la reforma de la constitución peruana de 1993, para ser exactos el hecho de que el Perú, en ese entonces ampliara los supuestos para la aplicación de la pena de muerte a delito de terrorismo, caso que la comisión presentara una solicitud a la Corte IDH, preguntando, si la expedición, y aplicación de leyes contrarias a la Convención Americana, generaba responsabilidad internacional del estado.

En respuesta el gobierno peruano alego, que le corresponde a los estados como una facultad exclusiva solicitar opiniones consultivas sobre sus proyectos de ley, para que la Corte interamericana, resuelva si se adecua o no al canon interamericano.

¹⁷⁰ *ibid.*, párrafo. 55.

¹⁷¹ En rigor de verdad la regla es que la expedición y aplicación de normas inconvencionales, causa responsabilidad internacional, esto es un mandato general puesta que abarca a todas las esferas del estado,

La corte interamericana expreso que los fundamentos del estado peruano eran válidos, pero que no se trataba de una solicitud por la reforma ampliación que hacía en ese entonces el estado peruano a su texto constitucional, sino que la opinión consultiva solicitada por la Comisión IDH era de carácter general, en consecuencia esta no estaría irrogándose competencias que no tiene.

El resultado de esta opinión consultiva sirvió para posiblemente dibujar nuevos márgenes de respeto de los derechos humanos, puesto que le impone límites a la labor legislativa, ciertamente no a manera de barrera, pero sí de sanción.

La Corte Interamericana en esta opinión consultiva, establece los momentos en los que se produce la responsabilidad internacional del estado, de hecho hace una diferencia, en la que se puede nítidamente distinguir los hechos que generan la responsabilidad del estado.

En primer lugar habla de las normas auto aplicativas, establece que la responsabilidad del estado se genera con el solo hecho de la expedición de leyes, es decir el estado es responsable de manera general por el actuar del legislativo, o por el órgano del que emane la norma.¹⁷²

La razón por la cual se estableció esto, es evidente, ya que cuando hablamos de normas auto aplicativas, entendemos que estas se introducen en la esfera de las personas, a partir de su solo entrada en vigencia, es decir apenas entra en vigencia, la norma modifica estados de derechos de los particulares, en ese sentido si la norma es inconvencional, vulnerara los derechos reconocidos por la CADH a los particulares, por lo tanto la responsabilidad surge de manera inmediata desde la expedición de dicha norma.

Este podrá ser catalogado como un control previo de convencionalidad, en el que antes de la expedición¹⁷³ de una norma, se debe verificar

¹⁷² Debemos tener en cuenta que el legislativo, es el poder del que emanan leyes por excelencia, sin embargo el ejecutivo puede hacer lo propio tras la delegación de esa facultad por el primero, además de otros órganos, a los que se le reconoce una especie de poder para expedir normas, algunas con rango de ley.

¹⁷³ El termino expedición hace referencia a todo el procedimiento necesario para que una ley entre en vigencia y forme parte del derecho vigente.

su correspondencia con el canon interamericano, algo parecido al control previo de constitucionalidad español.

Esto en algunos casos, poder ser una tarea sencilla, con su contraparte en otros casos, como dice Néstor Sagüés, “cuando exista ya una interpretación sobre algún derecho, el juez al aplicar la norma nacional tendrá los límites de la convencionalidad ya definidos; sin embargo tendrá un amplio margen de acción, en los casos en que la corte aun no haya hecho algún pronunciamiento “, de manera similar en la labor legislativa, los límites materiales de convencionalidad, y que merced a la constitucionalización del derecho internacional son límites materiales de constitucionalidad¹⁷⁴, son claros, en consecuencia es relativamente fácil realizar la tarea de adecuación previa; sin embargo cuando la labor legislativa se haga, sobre derechos humanos, en los que la Corte Interamericana, no se ha pronunciado aún, los límites pueden resultar confusos y el riesgo de caer en la inconvencionalidad, es mayor.

Por otro lado distingue la normas heteroaplicativas, en las que la responsabilidad se produce por la aplicación de dicha normas, esto es por razones procedimentales, ya que vulneración del derecho se efectiviza, a través de la verificación del acto que es necesario para la entrada de la norma a la esfera individual, es el caso del artículo 140 e la Constitución Política del Perú, la pena de muerte por el delito de terrorismo, es a toda vista inconvencional, puesto que con su establecimiento se incumple una obligación de la convención que viene impuesta por un protocolo adicional, ya que mediante la convención para la abolición de la pena de muerte, se prohibió a los estados constituir nuevos hechos para la aplicación de la citada pena, sin embargo en el año 93 el constituyente incumplió esa obligación entrando en conflicto directo con el canon interamericano.

Ahora bien a pesar de ello el estado peruano no es responsable por el establecimiento de un nuevo supuesto para la aplicación de la pena de muerte, toda vez que se trata de una norma heteroaplicativa, que no despliega sus efectos de

¹⁷⁴ FERRAJOLI; Luigi. “Derechos Y Garantías La Ley Del Más Débil” cuarta edición Editorial TROTA. 2004, pág. 20

manera inmediata, así la Corte haciendo referencia al proceso necesario para el tribunal se pronuncie y declare la responsabilidad del estado por la expedición y aplicación de normas contrarias a la Convención Americana, debe primero recibir una denuncia por parte de la Comisión IDH.¹⁷⁵

5.6. IMPEDIMENTO DE ALEGAR EL DERECHO INTERNO PARA EVADIR OBLIGACIONES INTERNACIONALES.

Este es un principio del derecho internacional, que impide que las obligaciones contraídas, por los estados mediante una expresión voluntaria, se vean incumplidas so pretexto del derecho interno, esto por supuesto tiene una vinculación estrecha con el principio internacionalista del cumplimiento de las obligaciones internacionales de buena fe, máxime si se trata de los derechos humanos de las personas sujetas a la jurisdicción de los estados.

Ahora bien este constituye, un deber general, también propio a toda esfera estatal, ya que impide que cualquier estado pueda escoltarse bajo el hecho de que sus autoridades, dejen de respetar los derechos humanos, porque una disposición de carácter interno, albergue un contenido contrario a la convención.

5.6.1. Derecho interno vs derecho internacional de los derechos humanos.

Existen posiciones discordantes en torno a este tema, de hecho se ha debatido durante mucho tiempo y aun no se ha logrado un acuerdo mayoritario en la doctrina, para el caso concreto nos interesa determinar si el derecho internacional de los derechos humanos, la CADH en estricto ostenta un rango supraconstitucional, al respecto Eduardo Ferrer Mac Gregor, por ejemplo habla de una supremacía convencional,¹⁷⁶ si aceptamos dicha posición, el control de convencionalidad no tendría mayor obstáculo.

¹⁷⁵ Corte IDH supra nota 169. Párrafo 24.

¹⁷⁶ FERRER MAC GREGOR: EDUARDO. Voto razonado y concurrente del caso “Cabrera García y Montiel Flores” párrafo 9.

Sin embargo, esta no es una posición aceptada de manera general así lo entiende Néstor Sagüés, cuando clasifica los sistema de recepción de las obligaciones internacional con especial referencia, al control de convencionalidad.

Lo cierto, es que es la corte al formular la doctrina del control de convencionalidad, lo hace siempre aceptado el rol primordial que tiene el estado, y su autonomía, en virtud de la cual se auto obliga, esto se puede advertir de una lectura de ls pronunciamientos en el caso Almonacid Arellano (párrafo 124) y trabajadores cesados del congreso (párrafo 128), en ellos reconoce el imperio de la ley interna, acto seguido establece un excepción, es decir establece una especia de confrontación entre el derecho interno, y el derecho internacional, así lo expresa:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Asimismo lo entiende, el juez García Ramírez en su voto concurrente y razonado, en el caso Myrna Mack Chang,¹⁷⁷ el resalta que la convención es producto de la voluntad de los estados, que son precisamente ellos en virtud de su autonomía quienes deciden crear este instrumento y someterse a su imperio.

En ese sentido resalta el carácter coordinador, de los derechos internacional, y nacional, sin prevalencia de alguno de ellos sobre el otro, sino que tienen un carácter coordinador y complementario, bajo un modelo de estado cooperativo.

¹⁷⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, voto razonado y concurrente caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”. Fundamento 3.

Es precisamente esta visión la que nos ha llevado a plantear que el derecho internacional de los derechos humanos como parámetro del derecho interno, tiene asidero constitucional, y que este es más fuerte que el propio derecho internacional, en materia de obligaciones, como la del control de convencionalidad, así, como lo mencionamos y es una de las críticas más duras que tienen las teorías voluntaristas, es que si es el estado precisamente el que acepta y se vincula internacionalmente, con una obligación el mismo estado puede merced a su soberanía, denunciar a un tratado, y retirarse del mismo, por otro lado la Constitución como norma jurídica suprema que contiene principios básicos que configuran el estado constitucional de derecho, no puede ser víctima de una violación semejante, más aun si entendemos, que esta es producto del poder constituyente.

Sostener una supremacía convencional, a rajatabla, podría causar el debilitamiento, y la posterior destrucción de un sistema de protección de los derechos humanos, ya que los estados o han terminado de entender que en materia de derechos humanos no son absolutamente soberanos, en ese sentido muestra una considerable ventaja, la tesis de los estados cooperativos, con base en este modelo se puede construir, un sistema único de márgenes para el respeto de los derechos humanos.

5.6.2. Normas de poder, versus normas de derechos humanos.

Este principio representa una guía en la resolución de antinomias, normativas, toda vez que establece la prevalencia de un determinado tipo de normas sobre otras, en definitiva, cuando entran en conflicto una norma de poder, es decir que establece las formas en que se manifiesta el poder público del estado, y una norma que contiene un derecho humano debe prevalecer la última.

De hecho este principio, ha sido asumido por el derecho internacional de los derechos humanos, como una manifestación singular de la preferencia de normas¹⁷⁸, esto es del principio pro homine, así este principio expresa la superioridad de disposiciones que reconoce derechos humanos frente a las normas que regulan el ejercicio del poder.

¹⁷⁸ CARPIO MARCOS, Edgar. “La Interpretación De Los Derechos Fundamentales”, quinta edición, Palestra Editores. Lima-Perú 2004 pág. 33.

Carlos Ayala, establece al respecto que, “cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho. *En este sentido las normas sobre el derecho son superiores a las normas sobre poder ubicadas en el mismo plano*, pues las primeras orientan en definitiva, la actuación de los órganos del poder público. *Así el derecho democrático debe construirse e interpretarse teniendo por principio y fin último, a los derechos de la persona humana.*”¹⁷⁹(Énfasis añadido)

Existen al respecto innumerables pronunciamientos, del tribunal constitucional, acotando que el actuar de los órganos públicos debe estar orientado al respeto de los derechos de la persona humana y de su dignidad (a propósito del artículo 1 de la Constitución), en estos podemos advertir una clara prevalencia de las disposiciones que reconocen derechos sobre las normas que regulan el ejercicio del poder público.

El tribunal constitucional, además ha aplicado este principio haciendo que prevalezca una disposición del que reconoce un derecho sobre una que regula el ejercicio del poder, una situación peculiar es que en el mismo pronunciamiento también realiza el control de convencionalidad difuso, estamos hablando del Exp. N°.1091-2002-HC/TC. En el mencionado expediente, se discutía si cabía cuestionar, mediante un habeas corpus, la legalidad de una orden de detención- prisión preventiva-. Las instancias judiciales ordinarias habían rechazado *in limine* la pretensión, tras considerar en el caso se aplicaba el inciso b) del artículo 16 de la ley N° 25398, puesto que este establece que no procede la acción de habeas corpus, en los casos en que la detención que motiva el recurso ha sido ordenado por juez competente, dentro de un proceso regular, el colegiado constitucional, analizó, precisamente la regularidad de la orden de detención, ya que a su criterio se cumplía con los estándares del debido proceso, sin embargo estableció que no se debió declarar la improcedencia del habeas corpus, por lo cual pasó a analizar el fondo del asunto,¹⁸⁰ advirtió además que en el caso concreto, también era aplicable el artículo 7.6 de la

¹⁷⁹ AYALA CORAO, Carlos. “El Derecho de los Derechos Humanos”. En lecturas Constitucionales Andinas. N° 3 Comisión Andina de Juristas, 1994. Pág. 25.

¹⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el exp. N°.1091-2002-HC/TC. Del 12 de agosto del 2002.

convención americana de derechos humanos, a tenor de la cual es un derecho de toda persona, privada de su libertad, “ recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales”.

No es reconocido por el Tribunal Constitucional, pero al resolver el problema sobre si pronunciarse o no sobre el fondo del asunto, esta colegiado aplica, la disposición de la Convención Americana, y no el inciso b) del artículo 16 de la ley N°25398, ya que la primera optimiza mejor el derecho de acceso a la justicia.¹⁸¹

Este constituye un ejemplo clave en cómo se puede aplicar o esta manifestación del principio pro homine, en el caso particular el TC dejó de lado una disposición que regula el ejercicio del poder, por aplicar una disposición que reconoce un derecho.

5.7. EL MANDATO IMPERATIVO DIRECTO VS TRASPASO CONSTITUCIONAL

Un gran sector de la doctrina considera que el control de convencionalidad es un control creado a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, y en consecuencia no se identifica con el control de constitucionalidad, aunque existan semejanzas entre estas dos figuras.

En ese sentido afirma Néstor Sagüés que el control de convencionalidad y el de constitucionalidad son dos procesos totalmente distintos pues este busca proteger la Constitución en su sentido formal, y aquel protege la Convención Americana.¹⁸² El

¹⁸¹ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal: 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la

¹⁸² SAGÜES, Néstor. “ Obligaciones internacionales Y control de convencionalidad”, biblioteca jurídica virtual de UNAM, visita hecha el 20 de julio de 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

mismo parecer tiene Allan R BREWER Establece que ciertamente parecidos, pero no iguales son el control de convencionalidad y el de constitucionalidad.¹⁸³

Ahora bien este es relevante ya que algunos autores han decidido atribuir la facultad para aplicar el control de convencionalidad, a los que en los escenarios internos se encuentran facultados para realizar el control de constitucionalidad,¹⁸⁴ basándose desde luego en el pronunciamiento de la corte interamericana, en el caso trabajadores cesados del congreso el mismo que establece que el control de convencionalidad deberá realizarse por todos los jueces, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.

Esto ha llevado a sentar la posición de que no todos los jueces pueden realizar el control de convencionalidad en su sentido más intenso, sino que está reservado para quienes realicen el control de constitucionalidad, y los demás jueces solo pueden realizar el control en su sentido más suave.

Por otro lado están los que creen que el control de convencionalidad, es un mandato directo y no es necesario que exista un traspaso o delegación del poder, por parte de algún otro órgano interno, en ese sentido señala Allan R BREWER que todos los jueces nacionales, pueden realizar el control de convencionalidad, aunque no todos puedan hacer lo propio con el control constitucional,¹⁸⁵ además agrega que la cláusula competencial, que adhiere la corte interamericana al control de convencionalidad, se refiere a la competencia por la materia, por el grado o por el territorio,¹⁸⁶ particularmente no compartimos esta posición, toda vez que la competencia por materia, grado o territorio responden a un orden procesal, y técnico, que no es precisamente lo que se persigue con el control de convencionalidad.

¹⁸³. BREWER-CARÍAS Allan R.” EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL MEDIANTE UN RECURSO SENCILLO, RÁPIDO Y EFECTIVO DE AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS”. Visita 1 de agosto de 2013. <http://es.scribd.com/doc/129208914/2-El-Control-de-Convencionalidad-de-Allan-Brewer-1>

¹⁸⁴ Entre ellos FERRER MAC GREGOR, SAGÜÉS, LONDOÑO LAZARO.

¹⁸⁵ BREWER-CARÍAS Allan R. op cit. pág. 9

¹⁸⁶ *Ibid.* pág. 12.

Por otro lado con tal afirmación, se asuma que la corte IDH está creando otra jurisdicción, una independiente y autónoma que avanzaría de modo paralelo a la jurisdicción nacional, se trataría de una jurisdicción internacional, donde cada juez ya no es solo un juez nacional, sino internacional.

A decir de Néstor Sagüés, el control de convencionalidad es distinto del control de constitucionalidad, pero el primero que da sujeto al segundo es decir, que los órganos que pueden realizar el control de convencionalidad son los mismos que están autorizados para realizar el control de constitucionalidad,¹⁸⁷ esta parece ser la posición más acertada.

Sin embargo nuestra posición, es en determinados situaciones, el bloque de constitucionalidad se confunde con el bloque de convencionalidad como lo afirma Ferrer Mac Gregor¹⁸⁸, y aunque ambos controles no son lo mismo, cuando un juez sea constitucional u ordinario realiza el control de constitucionalidad y teniendo también como parámetro, a la convención en tanto esta es derecho nacional, y además observa las interpretaciones que ha hecho la Corte IDH sobre la misma, está realizando un auténtico control de convencionalidad, así estos controles se confunden.

Un ejemplo claro es el caso del proceso de amparo, en el cual se puede utilizar válidamente la Constitución como cualquier otro tratado, que en virtud de la constitucionalización del derecho internacional, es derecho interno.

En México el doctor Gumecindo García Morelos presento un amparo cuya fundamentación jurídica se encontraba en la Convención Americana¹⁸⁹, el mismo que fue concedido, dado que es válido argumentar este derecho como parte del derecho interno.

¹⁸⁷ SAGÜES, Néstor. Supra nota 182.

¹⁸⁸ FERRER MAC GREGOR: EDUARDO. Voto razonado y concurrente del caso “Cabrera García y Montiel Flores” párrafo 9.

¹⁸⁹ El citado, fundamentó el amparo en la Convención Americana de manera directa y no como canon interpretativo.

En el caso peruano ocurre exactamente lo mismo, el amparo u otra garantía constitucional, puede ser válidamente fundamentada, con los tratados sobre derechos humanos en los que el Perú es parte, toda vez que forman parte del derecho nacional.

Ahora bien esto significa que al menos en el estado peruano, el control de constitucionalidad no puede guiarse bajo el principio ritualista de la Constitución formal, la constitución es una norma jurídica dinámica, que en contacto con el derecho internacional de los derechos humanos, posee un gran valor reformativo de las realidades humanas, y se encuentra encaminada a la protección de los derechos humanos y de su dignidad.

En ese sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, ya que el colegiado establece que el derecho internacional de los derechos humanos - los tratados ratificados por el Perú- tiene el mismo valor que tiene el derecho interno, en sentido puede promoverse las acciones constitucionales, en virtud de ellos es más puede promoverse acciones de inconstitucionalidad,¹⁹⁰ con base en el derecho internacional de los derechos humanos.

Con este argumento se desvirtúa la posición de que el control de constitucionalidad protege, la constitución en su sentido formal, y más bien se establece un punto de convergencia entre estos dos controles, hasta el punto de confundirse.

Sin embargo debemos aclarar que no son lo mismo ambos tipos de control normativo, ya por su gesta, ya por los órganos, que en el caso del control convencional se ubica en un órgano de jurisdicción extranacional, pero no superior a los órganos nacionales, con los que lleva una relación de cooperación y dialogo, en pro de construir un *“ius constitucionales comune”*

Por otro lado sostener que la Corte ha creado una jurisdicción autónoma supone aceptar que la misma tiene injerencia en los asuntos internos de un estado, hecho que sin duda llevaría al fracaso del control de convencionalidad, no olvidemos que el

¹⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0025-2005-AI/TC. Del 25 de abril del 2006. Fundamento 35.

control de convencionalidad depende, de la “prudencia de los pronunciamientos de la corte IDH”, y de la voluntad de los estados.

El primero de los supuestos significa los márgenes de prudencia que la Corte IDH debe respetar para no caer en pronunciamientos que comprometan el orden interno de un estado, ya que si entendemos, como lo expresa el juez García Ramírez que las obligaciones internacionales, se sustentan en la soberanía estatal¹⁹¹ y las teorías voluntaristas, se puede también aplicar la mayor crítica que tienen estas, que es que si la voluntad estatal obliga, la misma puede retirar esa obligación de la esfera jurídica de un estado, esto se refiere a la segunda condición del desarrollo completo del control de convencionalidad.

¹⁹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, voto razonado y concurrente caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”. Fundamento 4.

CAPÍTULO III
FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD.

SUBCAPÍTULO I: FUENTES INTERNACIONALES DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

1. FUNDAMENTO JURÍDICO.

La doctrina, se encuentra dividida en cuanto a los fundamentos jurídicos, por una parte están los que creen que el control convencionalidad, por parte de la Corte ha sido gestada de manera jurisprudencial, de otro lado quienes afirman que se desprende del propio texto normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de los principios del Derecho Internacional Público, y que es en este donde encuentra su fundamento más sólido.

En la primera de las corrientes, por ejemplo podemos mencionar a Rey Cantor, para quien el control de convencionalidad, es una nueva competencia de la corte, obtenida en función de una interpretación evolutiva de la CADH.

Néstor Sagüés, comparte la idea de que el control de convencionalidad es una creación jurisprudencial, producto de un activismo tribunalicio¹⁹². Según el la corte funda este técnica de control normativo, en dos principios, y si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres.

El principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados, quienes han ratificado, la convención americana de los derechos humanos, y obedecer las sentencias que la Corte IDH emita.

El principio de efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermado por normas o prácticas de los estados; y

El principio internacionalista que impide alegar el derecho interno, para evadir las obligaciones internacionales, contraídas como Estado, esto en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados. Esta corriente sustenta la obligación en los principios propios del derecho Internacional Público, por otro lado

¹⁹² SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx. Pág. 390.

los que prefieren afirmar que el control de convencionalidad proviene del propio texto de la CADH, y otros instrumentos internacionales.

Estos tres principios constituyen el fundamento, internacionales, para que los tratados internacionales, sean cabalmente cumplidos por parte de los Estados partes, y han sido expresamente mencionados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos a su competencia, tanto en vía contenciosa, o en vía consultiva.¹⁹³

La Corte Interamericana, en reiterada jurisprudencia, establece que la obligación del control difuso de convencionalidad, teniendo como piedra angular, la teoría de la auto obligación, según estas son los estados en un acto de liberalidad, mas propiamente, unilateral, los que al aceptar, los tratados, y reconocer la competencia de la Corte IDH, para el caso latinoamericano, se auto vinculan, en consecuencia se auto obligan, en virtud de la soberanía estatal¹⁹⁴.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO OBLIGACIÓN, EN LA CADH.

La Convención Americana de los derechos humanos no carecería de efectos, si en ella misma no se hubiera establecido la obligatoriedad, y los mecanismos para hacer efectiva la plena protección de los derechos humanos, el artículo 1.1 de la convención, en la que se consagra el rol garantista de los estados del pleno cumplimiento y respeto de los derechos humanos, garantizando su libre y pleno ejercicio, sin ningún tipo de discriminación. Este efecto ha sido desarrollado por la Corte, en el caso Velázquez Rodríguez, en el, este tribunal, establece que el deber de garantía, supone que los estados deben organizar el aparato gubernamental, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manejar tal, que puedan asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁹⁵.

¹⁹³ Véase opinión consultiva 14/94.

¹⁹⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho internacional público, Quinta edición. Editorial TEMIS. Bogotá Colombia, 2002. Pág. 42.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párrafo 164.

Bajo este criterio la convención no solo exige a los estados la incorporación de los cánones internacionales, en el derecho interno, sino que su actuación estatal, también preste la garantía exigida por la Convención Americana, en este sentido hablaríamos de la organización política de un estado, que no puede permitirse actuaciones que vayan en contra del pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos.

En el artículo 2 del documento en análisis, establece la obligación de los estados de adecuar el derecho interno, tomando las medidas necesarias para garantizar la total vigencia de los derechos humanos, en este artículo se establece que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere garantizado, los estados con arreglo a sus procedimientos constitucionales, y la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, es en virtud de este margen abierto que se establece,

SUBCAPÍTULO II: LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Uno de los planteamientos de este trabajo, es la propuesta de la Constitución. Como fuente de una obligación internacional, ya que creemos que este planteamiento, presenta notables ventajas sobre la tesis de la fuente de la obligación emanada del derecho internacional.

Este fenómeno creemos que encuentra su explicación en dos razones fundamentales, la primera, que el control de convencionalidad, apareció como consecuencia de la supremacía constitucional, material, y la constitucionalización del derecho internacional, la conjugación de estos supuestos dieron como resultado, el hecho de que se practique un control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, el que luego será llamado control de convencionalidad, “difuso”.

Es segundo es el derecho constitucional, ofrece mayor garantía y exigibilidad, a esta obligación destinada al respeto de los derechos humanos, ya que no emana en ese sentido, solo del derecho internacional, el que puede ser en determinados casos y determinadas forma, deslegitimado, sino de la norma suprema de los estados, a la que se encuentran sometidos todos los poderes públicos.

Ahora bien la Constitución e su dimensión de proyección hacia el derecho internacional de los derecho humanos, en la región,-y en el mundo- puede ser analizada de dos formas, a través de un análisis a la constitución en su sentido formal, esto es el cuerpo normativo escrito, y a través de su sentido de norma e constante evolución y cambio.

1. LA CONSTITUCION EN SU SENTIDO FORMAL COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

En el marco de la relación que se ha establecido entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los estados, en especial con las constituciones, complementada con el dialogo jurisprudencial, entre la Corte IDH, y los tribunales nacionales, podemos establecer que la propia constitución funciona como una norma que de manera indirecta en algunos casos, y de manera directa en otros, complementan el sistema interamericano de derechos humanos, o mejor dicho deben convertirse en los primeros guardianes de los instrumentos internacionales, toda vez que estos constituyen los límites mínimos para, conseguir la protección de lo humanidad, constituyendo este un esfuerzo universal, para no repetir la catástrofe de la segunda guerra mundial.

La relación entre el derecho nacional constitucional, y el derecho internacional, se justifica en la importancia de los derechos humanos, pues los derechos humanos pertenecen a la humanidad y están fundados en la esencia y dignidad humanas, y no debe ser restringida por límites geográficos, máxime si se ha entendido como lo dijo Ferrer Mac Gregor, que los estados, no son totalmente

soberanos en el trato de sus nacionales, ya que la persona humana, es titular de derechos que trascienden ámbitos espaciales.¹⁹⁶

En ese sentido las constituciones de los Estados, deben reflejar la intención del derecho internacional, que es el resultado de su unificación, es decir existe una suerte de retroalimentación¹⁹⁷ de los derechos humanos, a las constituciones de los estados, y para hacer efectivo ese derecho las constituciones se deben adecuar a ese fin, ese es el caso de las constituciones que en los últimos años se han modificado para recibir ese influjo normativo, ese es el caso de los Estados Unidos Mexicanos, que con la modificación de su constitución el 2011 se garantiza en sentido formal la recepción, y plena vigencia de los derechos humanos de fuente internacional¹⁹⁸.

¹⁹⁶ En ese sentido los sistemas universales, son los sistemas máximos de protección de los derechos humanos, y los instrumentos que estos contienen son normas también máximas, que los estados deben respetar, adecuando su derecho a los estándares mínimos establecidos, esto se afianza, en que los instrumentos y tribunales internacionales, son el resultado de la internacionalización del los derechos constitucionales, y buscan unificar los criterios y hacer universales los valores, que preserven a la humanidad.

¹⁹⁷ Este es un proceso de integración normativa, que parte un consenso internacional, primero trasladando las garantías constitucionales, a las llamadas garantías convencionales, esto en razón de que, después de la segunda guerra mundial, se hizo evidente que el derecho interno totalmente autónomo, queda librado a una serie de condiciones, sociológicas, culturales, políticas, etc. Que pueden resultar en abusos por parte del estado, eventualmente se dan periodos en los estados en los que se vulnera por completo las libertades y garantías fundamentales, además de prácticas sociales inconsecuentes con el avance del derecho y de la concepción suprema de la humanidad y del objeto de la sociedad mundial.

Es así que los estados en consenso, forman las organizaciones, internacionales, suscriben instrumentos internacionales, con estándares mínimos, que aseguren la plena vigencia de los derechos humanos, además de que estos también son de interés difuso, ya que estos intereses se caracterizan no solo por pertenecer a una colectividad, sino porque pertenecen a todos los seres humanos por igual, así la lesión de un derecho humano debe ser corregida, y prevenir la lesión de otros ya que al ofender el derecho de una persona se degrada también el derecho de los demás, y se contribuye a su debilitación.

Luego del establecimiento de los estándares nacionales, y el órgano encargado de su custodia, los estados quedan subyugados a dichos instrumentos, en el sentido de que estos constituyen estándares mínimos que los estados deben observar en el trato de sus nacionales, toda vez que, que son el resultado del consenso interestatal. Aquí se produce la retroalimentación del derecho interno por el derecho internacional, ya que se hacen generales, y se incorporan a los instrumentos máximos de regulación de los estados, es decir se constitucionalizan, concretando de esta manera el ciclo jurídico, retroalimentación, además a este se agregan las interpretaciones que hagan los órganos creados para dicho fin.

¹⁹⁸ En 2011 México, haría una reforma trascendental en el ámbito del derecho de los derechos humanos, constitucionales, ya que agrega la interpretación conforme, como cláusula obligatoria, para todo interpreta constitucional, y establece el control difuso de convencionalidad, de sus órganos judiciales, contribuyendo de esta manera a la recepción de los derechos humanos de fuente

Se encuentran en el otro extremo las constituciones que mucho antes del establecimiento del control difuso de convencionalidad, ya se habían adelantado, y habían establecido-aunque no han hecho mención de la figura- una especie de control de convencionalidad, el mismo que se encuentra intrínseco en su sistema constitucional, en el que solo se debe adaptar el sistema, y realizar la interpretación adecuada. Es el caso de la constitución peruana, en este documento se aborda la posición de que la constitución del Estado Peruana también contiene implícita la obligación de realizar el control de convencionalidad, tal vez en los mismos términos que han sido expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.1. EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado, es por así decirlo, la disposición que abre la Constitución Política del Perú, en este precepto se contienen una amplia gama de principios, o para decirlo de otra manera de él se derivan y en él se justifican los principios que fundan el sistema político y democrático moderno, basado en la vocación personalista.

Enrique Bernales Ballesteros, además le agrega a esta cláusula el carácter de principio general del derecho¹⁹⁹, tal vez siguiendo la línea de pensamiento del doctor Luigi Ferrajoli, quien establece, que los principios son los únicos que pueden dar inicio y en base a ellos se puede construir un sistema jurídico²⁰⁰, además agrega que es un medio de interpretación, sistemática para el conjunto del texto constitucional, y se extienda a las normas de menor jerarquía.

Este artículo constituye una declaración general, que contienen una vocación personalista ya que ubica a la persona humana en un estado de primacía, y la coloca como centro de la organización, social y estatal, esto se condice con la naturaleza social del ser humano.

internacional, y la jurisprudencia de la Corte IDH. de esta manera se concreta lo que se había advertido, por la jurisprudencia nacional Mexicana.

¹⁹⁹ Entrevista a Luigi Ferrajoli, la ley gaceta jurídica, mayo 2013. pág. 17.

²⁰⁰ BERNALES, Enrique. "La Constitución de 1993, veinte años después". Sexta edición, lima agosto 2012 Editorial IDEMSA Lima Perú, pág. 87.

Cesar Landa,²⁰¹ el constitucionalismo de la posguerra incorpora la dignidad como un atributo esencial, de la persona humana. Este se constituye en una premisa del estado democrático moderno, que adquiere una gran potencialidad transformadora, a través del dinamismo jurídico²⁰², provocando un nuevo entendimiento en cuanto a los derechos, como meras cláusulas estáticas, además cumple con su función promotora de la persona humana, dando como resultado, ya no las políticas de limitación y control del estado, y la sociedad, sino por el contrario, fomentando el activismo social y estatal destinado a fomentar y crear condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el desarrollo de la persona humana en su dignidad. Así la dignidad humana está vinculada directamente con los derechos fundamentales, buscando integrar y ponderar los diversos bienes jurídicos tutelados en la Constitución.

Ahora bien podemos extraer de esta concepción dos ideas centrales:

- a) En primer lugar, la visión socialista del ser humano, su naturaleza gregaria, es decir pertenece a una definición que por su propia naturaleza la hace social, no se puede concebir al ser humano de manera aislada de otra manera que la analítica. Esta característica, no se acaba en los límites estatales, la naturaleza social, trasciende estos límites y alcanza a la sociedad mundial, a través de la visión cosmopolita de la que se sirve el derecho internacional público, para encontrar su fundamento, en ese sentido la persona humana, es parte de una

²⁰¹ LANDA, Cesar, *apud* Bernales, Enrique, op cit pag. 86

²⁰² Se asume en el presente trabajo, el dinamismo jurídico, como el conjunto de actividades estatales tendientes a la fomentación del ejercicio efectivo de los derechos humanos, por citar un ejemplo podemos mencionar al llamado derecho de expresión y su efecto silenciador.

Si los derechos estarían constituidos únicamente por las cláusulas que establecen el derecho, este carece de toda efectividad, toda vez en el ámbito real, puede o no ser respetado, es más es posible que el ejercicio por parte de unos limite el ejercicio por parte de otros, esto se concreta cuando determinado sector tiene gran facilidad para expresarse, mientras que la contraparte no goza de las mismas condiciones, por ejemplo en el último año, a raíz del conflicto socio ambiental en la ciudad de Cajamarca, el sector más poderoso, expuso su posición de manera muy abierta, a través de los medios masivos de comunicación, mientras el sector que no cuenta con el mismo poder, no puede libremente expresarse, por el contrario son disminuidos por el primero de los sectores, en ese sentido no puede existir un debate amplio e igualado en condiciones que promulga un estado democrático, es por eso que se agrega dinamismo a los derechos y se promueven políticas que aseguren la vigencia del derecho a la expresión.

sociedad mundial, y por lo tanto puede ser titular de la protección de esta, justificada en su dignidad, la misma que en un escenario nacional es ratificada.

- b) La persona humana es el valor supremo de la sociedad y del estado, en tanto que se refiere a su defensa como el respeto de su dignidad, como el fin supremo de la sociedad y el estado, es por lo tanto el referente concreto de la acción del estado y de la sociedad²⁰³, así podemos afirmar que el estado debe organizarse de tal forma que pueda cumplir con esta finalidad intrínseca en el artículo 1 de la Constitución.

Podemos además afirmar que este artículo se constituye en una directriz, de interpretación e integración normativa, orientadas a un fin, que es la defensa de la persona humana, en consecuencia puede ser utilizado también como guía hermenéutica, dicho de otro modo, en ausencia o deficiencia de normas, puede ser un elemento para darle sentido o contenido a las normas jurídicas.

La vinculación que existe entre este artículo y los derechos humanos es de por sí evidente, estos tienen casi medio siglo como categoría jurídica, y constituyen una de las materias que más han evolucionado. Se puede observar de inicio que, el derecho internacional de los derechos humanos ha entrado, rápidamente al interior de los sistemas internacionales de protección, desde donde se reclama su respeto y observancia a los estados, a través de la canalización a partir de la constitución, a las esferas internas.

En particular y haciendo especial hincapié en el sistema interamericano, podemos afirmar la complementación que existe entre este precepto constitucional, y la Declaración Americana De Derechos Humanos, este documento establece como fin propio del mismo, lograr el respeto de la persona humana, de sus derechos.²⁰⁴ Además a esto podemos agregar que lo antes señalado constituye el objeto y fin del Pacto de San José.

Fue en la constitución de 1979 en la que se incorporó, lo que represento una innovación radical en el constitucionalismo peruano, tal vez encontrando su raíz en la

²⁰³ BERNALES, Enrique. Op cit. Pag.86.

²⁰⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Preámbulo.

declaración universal de derechos humanos, la que en su artículo 1 se menciona que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, ya que no existe otro antecedente preciso en los instrumentos internacionales, este precepto se continuo luego en la Constitución de 1993, aunque a decir de Marcial Rubio Correa²⁰⁵, la redacción de la Constitución de 1979 era más completa, en parecer personal, la redacción de la Constitución actual es mejor, toda vez que abarca la dignidad de la persona humana como núcleo central de la sociedad y el estado, recordemos que es la dignidad humana, la que le da fundamento a los derechos humanos, en ese sentido, la redacción actual es más favorable, además por que tiende a la apertura.

Siguiendo la metodología utilizada en la ubicación, del precepto mencionado, podemos afirmar, que puede servir como pauta y parámetro para la interpretación de todo el texto constitucional y de los derechos que ella contiene²⁰⁶.

Debemos recalcar, lo importante de las dos últimas constituciones, ya que estas perfilan a ser humanos como núcleo de la sociedad y el estado, además que establecen que el fin de estos, son el respeto de la persona humana y de su dignidad. En rigor de verdad lo que nos interesa, es el alcance de este precepto, y de la función que cumple en el respeto de los derechos humanos, y en particular en el control de convencionalidad, entendido este como un medio para lograr el respeto a la persona humana y la efectiva defensa de su dignidad.

En esta línea de pensamiento, el artículo 1 de la Constitución es uno de los pilares básicos, para hacer efectivos los derechos humanos, toda vez que tiene injerencia en toda la Constitución.

Creemos que este precepto, tiene una triple dimensión, la misma que debe ser entendida y aplicada, para lograr el fin establecido, por la constitución, a saber en primer lugar esta, su función hermenéutica, en segundo lugar su función orientadora estructural del estado, y por último el establecimiento del estado como un

²⁰⁵ RUBIO CORREA, Marcial; y otros. "los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" fondo editorial, Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima Perú. Segunda edición. 2013. Pág. 47.

²⁰⁶ *ibid.* Pág. 48.

instrumento, para lograr un fin, un fin que alcanza más allá del propio territorio, y trascienda las barreras del materialismo, sino que llega al espiritualismo, que exige los derechos humanos.

1.1.1. El artículo 1 como guía hermenéutica.

Son múltiples, las cláusulas constitucionales, que encierran un contenido, que puede considerarse como guía, entre ellos está por ejemplo La Cuarta disposición Final de la Constitución, pero en este caso el precepto en mención abarca mucho más, en él se encierran varias consideraciones que deben ser tomadas en cuenta por los órganos estatales considerados como interpretes u operadores jurídicos.

Cuando el artículo 1 establece que el fin de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y su dignidad, instituye una garantía a favor de los nacionales una garantía que abarca una serie aspectos, en este caso en cuanto a la aplicación de las leyes, así como funciona los principios pro operario, pro reo, podemos afirmar, que este artículo establece una guía de interpretación²⁰⁷ y de aplicación de los derechos constitucionales, toda vez que su fuerza normativa, irradia toda la Constitución, y se instituye en su fin, así las normas en ella contenidas deben ser tomadas en la manera, en que procuren el respeto de la esencia humana y de su dignidad.

A diferencia de otros principios, este no se instituye como otros, una guía en preferencia interpretativa, o preferencia de normas, sino que es una presunción, a manera de principio general del derecho constitucional, y en consecuencia del derecho en general, así opina Bernales Ballesteros²⁰⁸, en opinión que comparto. A decir, de Marcial Rubio Correa²⁰⁹, la dignidad humana en tanto principio, tiene tres aplicaciones:

²⁰⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op cit. pág. 86.

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ MARCIAL RUBIO, y OTROS op cit. pág. 54.

- Es un criterio de interpretación, -en ese mismo sentido nos hemos pronunciado líneas arriba- para el cada vez se encuentre involucrado un derecho, hay que interpretar a favor, no en contra de su aplicación.
- Cuando hay que determinar el contenido de un derecho, o cuando dos derechos entren en conflicto, la solución que se adopte deberá ser hecha teniendo en cuenta, la dignidad humana.
- Cuando hay que determinar los límites del poder público privado, la dignidad tienen un campo protegido que debe defenderse, frente a estos poderes, atribuciones, o potestades y derechos, esto se refuerza con el principio de prevalencia, de las normas de derechos humanos, sobre las normas que regulan el ejercicio del poder estatal al respecto se abordara más adelante.

Así la defensa de la persona humano y de su dignidad, hace que las normas constitucionales y subconstitucionales, se presuman dictadas para proteger los derechos fundamentales, y esta es la interpretación que se le debe dar -desde luego se debe ser conscientes que esto no solo implica una visión individualista, que es posible en determinados casos relegar a la persona y sus derechos tomados individualmente, a favor de la sociedad- y por el contrario las interpretaciones o modificaciones legislativas, que representen agresiones a los derechos, o una notable disminución de los mismos, sean las excepciones motivadas y fundamentadas. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia del Exp_2868_2004_AA_TC, el colegiado establece, que aunque en nuestra constitución, no exista una clausula en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deba respetar su contenido esencial, se puede sostener su existencia²¹⁰.

Unido a lo anterior está también la función integradora de este precepto, que unido al artículo 3 de la Constitución, logran integrar, el derecho constitucional, y el

²¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp_2868_2004_AA_TC. emitida el 24 de noviembre del 2004 sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Alvares Rojas contra el ministerio del interior.

derecho internacional, haciendo posible la integración de nuevos derechos, de nuevas interpretaciones orientadas a buscar concretizar el fin propio del estado. Este es como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la defensa de la persona humana²¹¹ asimismo agrega que es el motivo conductor de las actuaciones estatales.

Finalmente debemos recalcar la función de la sociedad, tomada en su acepción más general, que no se acaba en el estado sino que trasciende las barreras del estatalismo y abarca la sociedad mundial en su conjunto, esta proyección, que asume el primer artículo de nuestra constitución, favorece al ser humano, en cuanto es titular de derechos ubicados en el plano internacional y hace el sujeto pasivo de obligaciones al estado en favor de los seres humanos, y que pueden ser incluidos válidamente, en el texto constitucional, en virtud además de las cláusulas de constitucionalización del derecho internacional, por el objeto que persiguen, que igual que lo que expresa la constitución, es la defensa de la persona humana.

1.1.2. El artículo uno como guía para la formación estructural del estado.

en **segundo lugar** encontramos a la dignidad humana, como guía para la organización, estructural de un estado, por citar un ejemplo a manera de introducción en el tema, y sin ánimo de emitir juicios exagerados, podemos mencionar la conformación y elección de los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, recientemente se hizo evidente que el actual sistema para la elección de dichos magistrados, no presta garantías para la efectiva tutela constitucional de los derechos humanos, ya que como se hizo notar, el máximo órgano de la justicia constitucional, puede estar influenciado, por fuerzas políticas y manipulado. A partir de las mismas, desvirtuando de esa manera la autonomía e imparcialidad que debe tener un órgano jurisdiccional, máxime si se trata del sistema máximo de protección de los derechos, en el ámbito interno del Estado.

²¹¹ 23. Respecto al primer asunto, el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado. El respeto de la persona humana se convierte en el *leit motiv*, que debe informar toda actuación estatal. Sentencia del tribunal constitucional emitida el 24 de noviembre del 2004, en el Exp_2868_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Alvares Rojas contra el ministerio del interior.

Sobre el aparato gubernamental, y la influencia que ejerce el artículo primero de la Constitución Política del Perú, debemos establecer que es posición de este documento, que como lo ha establecido el TC, el respeto de la persona humana, y de su dignidad, son la *leit motiv*, del Estado, este debe estar organizado, de tal manera que preste las garantías y afiance la confianza de que podrá cumplir dicho fin. En ese sentido lo ha establecido también, la Corte IDH, cuando establece que el control de convencionalidad, involucra también el aparato gubernamental.

En el caso Cabrera García y Montiel Flores, la Corte IDH, menciona el aparato gubernamental, estableciendo, que para la protección de los derechos de sus nacionales, los estados debe organizarse, de tal manera que haga efectiva dicha tarea, además habla de la función policial, tomándola en su dimensión de autoridad estatal.

En similar sentido se ha pronunciado el TC, el colegiado refiriéndose al ordenamiento constitucional, ha establecido:

6. (...) *Lo que significa, en primer lugar, que en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales (...)*²¹².

1.1.3. El estado como un medio de realización de la persona humana.

El estado en tomado como un ente organizado, es tomado desde su esfera instrumental, es decir es un medio para conseguir un fin, esta definición alcanza a todos los órganos del estado, en tanto cumplen funciones en su nombre en consecuencia, deber seguir el mismo fin, es decir el estado es legítimo en tanto está dirigido a proteger los derechos humanos.

²¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp_0858_2003_AA_TC. emitida el 5 de octubre del 2004, Sobre acción de amparo interpuesta por José Luis Corra contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú, el colegiado considera, teniendo como base las doctrinas pactistas, que el Estado es un ente artificial, y que una de sus tareas, desde siempre ha sido proteger los derechos fundamentales²¹³, hasta podría decirse que se trata de su finalidad, y deber principal, ya que el estado moderno ha sido concebido como protector de los derechos fundamentales.

La actuación del estado orientada, a conseguir un fin tutelar de derechos, puede exigirse también de los órganos estatales, en tanto agentes públicos. En la sentencia del Exp_2016_2004_AA_TC, se establece lo antedicho, en los siguientes términos:

7.(...) En ese sentido, la constitucionalización del “deber especial de protección” comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.²¹⁴

El colegiado, ratifico esta doctrina en la sentencia del Exp_2868_2004_AA_TC. En el el colegiado establece, que la actuación estatal debe tener como motivo, la protección de los derechos fundamentales.

Así tanto en la constitución como en la jurisprudencia del órgano encargado de su protección, la dignidad humana tiene un rol fundamental, toda vez que constituye una guía para actuación estatal.

²¹³ Ídem.

²¹⁴ Ídem.

1.1.4. El artículo 1 y el control de convencionalidad.

Aclarado lo anterior, corresponde ahora, establecer la función del artículo 1 en el control de convencionalidad, como influye en este. Hemos abordado, la dignidad humana e su triple dimensión establezcamos la relación con cada una de ellas,

En principio, la dignidad humana en su dimensión hermenéutica, comprende una función, interpretativa, como guía, y una unción integradora, de eventuales vacíos normativos, sobre lo primero; la dignidad humana como guía interpretativa, alcanza al principio pro homine, recogido en la Convención Americana lo que constituye el primer nexo entre las dos normas tanto nacional e internacional.

El principio pro homine en toda su extensión tiene como finalidad proteger de la mejor manera a los derechos humanos, salvaguardando de esta forma la dignidad de las seres humanos, Marcial Rubio Correa, establece que la dignidad humana, en tanto principio, en su función interpretativa constituye el fin de aplicación del principio pro homine²¹⁵.

Otro de los principios que se pueden mencionar, es el principio favor libertatis, conforme al cual las normas que establecen derechos deben ser interpretadas de manera extensiva, y las normas que restringen derechos deben ser interpretadas de manera restrictiva, siempre con la finalidad de proteger la dignidad humana, en tanto calidad humana.

Es entonces evidente la relación existente entre el artículo uno, con la convención americana, y en consecuencia con el control de convencionalidad, toda vez la justicia internacional, es subsidiaria complementaria y coadyuvante, y se activa tras el fracaso de la vía interna, para tutelar de manera efectiva los derechos humanos y la dignidad del hombre.

El control de convencionalidad también lleva intrínseco el mismo fin, es prestar justicia internacional, en sede nacional, convirtiendo al juez nacional en

²¹⁵ MARCIAL RUBIO, *supra* nota 205.

forma precisa y otros órganos estatales, en verdaderos operadores de la Convención Americana, amén de la dignidad humana y de su protección.

En otro sentido podemos mencionar los puentes de dialogo, -como han sido denominado en la doctrina internacional- que han establecido, las jurisdicciones nacionales e internacionales, ya que estas dos jurisdicciones convergen en el sentido que ambas han expresado que velar por la plena vigencia de los derechos humanos, es una función y obligación que involucra a todo órgano estatal²¹⁶ tomados estos en dimensión de interpretación y aplicación del derecho.

En segundo plano y no menos importante se ubica la organización estatal, como una forma de garantizar el pleno ejercicio, y vigencia de los derechos humanos, la convención americana en su artículo 2. Establece la obligación de los estados, de garantizar el derecho humano, adoptando las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias. Este artículo, naturalmente deja un margen, de libre acción a los estados, e cuanto a su organización.

Es en el caso Cabrera García y Montiel Flores, que la Corte IDH, establece con más precisión los alcances, de esta disposición al mencionar que la obligación del control de convencionalidad, en tanto parámetro de la acción de los funcionarios públicos, establece que esta obligación alcanza al propio aparato gubernamental, incluso en su forma orgánica, y estructural, en ese sentido establece de manera general, como debería estar conformada la policía, toda vez que representan la autoridad, del estado y cuyo actuar, debe estar encaminado, a hacer efectivo el respeto de los derechos fundamentales.

En sentido similar se ha pronunciado el tribunal constitucional del Perú, como se mencionó líneas arriba, cuando establece que el respeto de los derechos humanos y de la dignidad de la persona humana, es el leit motiv del estado, pronunciamiento del cual podemos inferir que la organización del propio estado debe estar orientada a cumplir con ese fin. Asimismo el TC ha dicho:

²¹⁶ En el caso de la Corte IDH, véase los casos, Almonacid Arellano, trabajadores Cesados del Congreso, Carera García y Montiel Flores. Para el caso del Tribunal Constitucional del Perú, véase los casos Exp_2016_2004_AA_TC; Exp_2868_2004_AA_TC.

6. (...) *Lo que significa, en primer lugar, que en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales (STC 2409-2002-AA/TC). En ese sentido, los derechos constitucionales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de “irradiarse” y expandirse por todo el ordenamiento jurídico (...).*²¹⁷

Ciertamente el tribunal constitucional, en el pronunciamiento anterior, no es preciso al hablar de la organización estatal, pero hace referencia a la misma, en la primera parte del citado pronunciamiento.

Tal vez pueda considerarse, que el condicionamiento, a la organización de estado, puede representar un exceso, sin embargo al asumir esta posición, hemos tenido sustento, ya que como se mencionó líneas arriba, la organización, del estado cumple un rol primordial en la protección de los derechos humanos, a riesgo de ser reiterativos mencionemos, el caso del acceso a la magistratura Constitucional, esta debe ser tal. Que garantice la autonomía e imparcialidad de todo órgano jurisdiccional, entendido tanto en sentido formal, como material; máxime si se trata del máximo órgano de la justicia constitucional, el que va a custodiar, la constitucionalidad de las leyes, y la primacía constitucional. La elección de estos Magistrados, por el Congreso, representa un estado de vulnerabilidad si tenemos en cuenta que el oficialismo, puede influenciar en aquel órgano Constitucionalmente autónomo.

Para nosotros entonces, la organización política del estado también tiene relación con la justicia constitucional e interamericana, y merece también un tratamiento especial, en su dimensión de garantía del respeto de los derechos humanos, y la dignidad del ser humano.

²¹⁷ Sentencia del Tribunal constitucional, supra nota 210.

La actuación de los órganos, también están involucrados en el precepto del artículo 1 de la constitución, y de la justicia internacional de los derechos humanos. En sentido general, esta dimensión, se encuentra también en las sentencias antes citadas, estas establecen la actuación estatal como, el dinamismo de los órganos estatales orientados a la protección de los derechos humanos. Es decir, que la actuación de los órganos estatales, se encuentra orientada, a la protección de la persona humana y de su dignidad.

Así el tribunal constitucional, ha sido claro a establecer que la obligación de protección de los derechos humanos, es una obligación compartida por todos los órganos del estado²¹⁸, protección contra las lesiones que pueden sufrir los derechos.

Además en la sentencia del Exp_0858_2003_AA_TC. Establece que “el deber especial de protección” al que se encuentra obligado el estado, y en consecuencia todos sus órganos, se encuentra constitucionalizado, en el artículo 1 de la Constitución, y este comprende la obligación de que todos los órganos del estado, que establezcan o adopten las medidas, necesarias destinadas a preservar proteger, e incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente consagrados, cuando estas han sido amenazados o vulnerados.

De lo anterior, podemos colegir la inseparable e íntima relación entre el control de convencionalidad, como una técnica de control normativo destinada a limitar los contenidos de las normas nacionales que vulneren derechos, y además de su carácter tuitivo, con el primer artículo de la Constitución política del Perú, la misma que establece el deber especial de protección del estado, el mismo que es irradiado a todos sus órganos, constituyéndose en un deber general, que abarca todo el aparato gubernamental, en virtud de la promoción del respeto de la persona humana, y de su dignidad.

²¹⁸ A saber según la misma sentencia, las lesiones vulneración, o amenazas a los derechos constitucionalmente consagrados, pueden ser de origen privado, o estatal, las primeras cuando provienen de actos de particulares, donde el estado debe intervenir, para garantizar la plena vigencia del derecho y que este no sea amenazado contrarrestando, la conducta de terceros. y la segunda que encuentra su origen en la actuación estatal, cuando esto interviene en la esfera individual, invaden la esfera individual

En ese sentido el artículo 1 de la constitución constituye una guía, y una garantía sobre el actuar del estado y sus órganos en su conjunto.

1.2. EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ.

El Artículo 2 de la constitución, es en términos simples el “Catalogo Básico” de los derechos que fundan el estado constitucional de derecho, en él se enumeran los derechos fundamentales de las personas de manera explícita, sin embargo, no se puede afirmar, que estos derechos sean los únicos reconocidos por el estado, en la relación que entabla con sus nacionales, sino que este listado de derechos se ve constantemente enriquecidos por la jurisprudencia, nacional e internacional.

La relación existente entre los derechos enumerados en este artículo y el derecho internacional de los derechos humanos, es de complementación, así son agregados implícitamente, los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, además de la jurisprudencia, que para el caso específico. Constituyen en cierto modo, derechos humanos.

1.2.1. Incorporación de nuevos derechos en la constitución.

El catálogo de los derechos humanos que se encuentran presentes en la Constitución, se ven constantemente ampliados o modificados, a través de nuevos derechos, nuevos contenidos, o contenidos implícitos que se desarrollan a través de la jurisprudencia. Así el artículo dos representa el catálogo básico de los derechos fundamentales, los mismos que serán enriquecidos en pro de la dignidad humana, por los nuevos derechos que surjan a partir de problemáticas nuevas²¹⁹, en ese sentido como la establece el Tc nuestro sistema constitucional, en su parte dogmática, es un sistema *numerus apertus*.

²¹⁹ Un ejemplo claro lo constituyen, los derechos humanos de tercera generación, o los llamados derechos de solidaridad, estos tienen su nacimiento a partir de los problemas modernos que trajeron consigo los avances tecnológicos, económicos y culturales, los que hicieron que surgieran nuevas necesidades, nuevos estados de hecho que proteger a través del derecho.

En ese sentido permite la entrada de nuevos derechos, que pueden ser protegidos en la misma vía, de los derechos que el constitucionalismo ha llamado derechos viejos, o escritos.

Otro aspecto importante lo representa, la cosa interpretada, como norma general, que se planteó en el primer capítulo, de acuerdo a eso sabemos que las sentencias de la Corte IDH, tienen una doble dimensión, constituyen tanto norma especial, para los estados que son parte en un determinado litigio internacional, y un carácter de norma general, para los estados que no lo son, ya que el mencionado tribunal interamericano, realiza la interpretación de la CADH, como parte de sus funciones, funciones que han sido reconocidas por los estados y en consecuencia, deben observar.

1.2.2. El artículo 2 y el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad, en su dimensión interpretativa o indirecta, actúa dando contenido a otros derechos, derechos que se contienen en las constituciones, de los estados, es el caso del artículo 2 de la Constitución, así la relación entre este y el control de convencionalidad es de complementación, los criterios vertidos en las sentencias de la Corte Interamericana, sobre el contenido de un derecho, o como debe interpretarse, pasan a complementar los derechos fundamentales.

Así se configura la relación de retroalimentación, que cumplen los derechos nacional e internacional, ya que como establece Ferrer Mac Gregor²²⁰, estos catálogos se elevan al derecho supranacional, junto con las garantías constitucionales, que en el escenario supranacional, son garantías convencionales. Este derecho básico, o como se lo ha llamado mínimo, se encuentra libre de cualquier injerencia, que puede significar una vulneración, y en consecuencia encuentra en el ámbito internacional, una esfera ideal para desarrollarse y cumplir con su objetivo.

²²⁰ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. voto razonado y concurrente. Caso “Cabrera García y Montiel Flores” Fundamento 3.

Luego de esto el influjo normativo se invierte, y vuelve a las esferas nacionales, e algunos casos formando parte de los derechos nacionales, con rango constitucional, en ese estado de cosas tienen un papel fundamental, las tribunales internacionales, ya que estos son los que permiten el desarrollo de los derechos, a través del activismo, si se prescindiera de estos, el derecho internacional de los derechos humanos carecería de sentido, toda vez que sería el mismo derecho estático, que muestran los estados.

Los derechos fundamentales entonces, son constantemente complementados y en algunos casos modificados, para adaptarlos a los cambios de la sociedad moderna, ya que esta también condiciona mediante hechos al derecho.

En conclusión, es en el artículo 2 en el que se puede verificar de una manera amplia los efectos del control de convencionalidad en su manifestación indirecta es decir dotadora de contenido, a otros derechos.

1.3. EL ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ.

Comúnmente llamado, clausula abierta, en este artículo se hace plausible, la apertura constitucional, la que acepta que los derechos no se encuentran limitados, por el texto constitucional, sino que son intrínsecos a la calidad humana y su dignidad, por lo tanto, existen de manera autónoma, e independiente del constitucionalismo.

A manera de una crítica a la redacción del tercer artículo de nuestra constitución, Marcial rubio correa hace una comparación con la redacción de la constitución de 1979²²¹. En primer lugar la constitución de 1979 en su artículo cuarto, establece:

Artículo 4. La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo. No excluye los demás que la constitución garantiza. (...).

Según marcial rubio correa, en esta redacción se hace evidente una de las corrientes de los derechos humanos, los que reconocen al derecho de los derechos

²²¹ Marcial rubio. Op cit. pag 798.

humanos, como una rama autónoma, y los derechos humanos, existen desde siempre, esto es se identifica con el iusnaturalismo.

Por otro lado tenemos la redacción actual, de la constitución, la cual en su artículo 3 establece:

Artículo 3. La enumeración de os derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, (...).

En esta redacción se hace notar la una segunda posición, la que propugna que los derechos, existen desde que so establecidos por la constitución, y que podrían ser retirados, o no establecidos. En esta redacción se hace notar una clara inclinación al positivismo, aunque en el renglón seguido, establece que no quedan excluidos otros, es evidente que se trata de los no reconocidos, por la constitución, así según Rubio Correa, la constitución actual cae en una contradicción, en primer lugar al afirmar que establece derechos, en consecuencia que hace que estos existan, y la otra cuando reconoce los no reconocidos, dando la idea de que los derechos existen desde antes del estado. Finaliza puntualizando que lo que quio decir el constituyente fue los derechos reconocidos, ya que si se asume lo contrario, no podría otorgarle validez, a los demás derechos no establecidos.

En el mismo sentido se pronuncia Bernales ballesteros, cando dice que la redacción del artículo 3 de la constitución, es pretensiosa e inexacta²²², aludiendo a que los en materia de derechos humanos, los derechos no son establecidos por las constituciones, sino que son reconocidos, ya que son derechos anteriores e intrínsecos a la persona humana.

Es evidente que el constituyente, con este artículo lo que busca es que al hablar de derechos, los mismos no se ciñan a lo establecido en los artículos precedentes, sino que también serán tomados como derechos constitucionales, todos derechos constitucionales, establecidos a lo largo de la constitución, y además otros que se funden en la dignidad humana, y los que pueden ser contenidos de acuerdo, a

²²² BERNALES BALLESTEROS. Op cit. pag 193.

la apertura constitucional, lo que nos lleva ineludiblemente al debate entre el iusnaturalismo y iuspositivismo.

Para una mejor comprensión de este artículo abordemos, los derechos que contiene esta disposición.

El artículo reconoce además de los derechos enumerados, en el artículo 2 a:

- 1.- los derechos consignados en la propia constitución, desde el artículo 4 hasta el final de la Constitución.
- 2.- los derechos análogos, considerados constitucionales, aunque no estén escritos en el articulado de la Constitución.
- 3.- los derechos que se fundan e la dignidad del hombreo en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho, y de la forma republicana de derecho.

1.3.1. *Derechos en la Constitución del Artículo 4 en adelante.*

Además de los derechos contenidos en el artículo 2 de la constitución, otros derechos los cuales se encuentran extendidos en el resto de la constitución política del Perú, esto es a partir del artículo 4 en adelante, pero que ostentan también rango constitucional, así lo ha expresado el TC al establecer que la constitución, no es solo una norma sino un ordenamiento, que está integrado, por el preámbulo, disposiciones con numeración romano y arábica, así como la declaración sobre la Antártida, que ella contiene, todo ello integra el documento llamado Constitución²²³, en consecuencia, toda las disposiciones sirven para realizar el control de constitucionalidad, de la leyes de rango inferior.

En consecuencia un grupo de derechos lo constituye los demás contenidos en la Constitución en los artículos 4 y 42, son los que están

²²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_0005_2003_AI_TC. emitida el 3 de octubre del 2003, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la Republica.

contenidos dentro del título 1 de la Constitución. Estos no necesitan, fundamentación adicional.

Un segundo grupo son los derechos contenidos, en la constitución pero que no están en el título I, sino entre el artículo 43 y la decimosexta disposición final de la Constitución, que pueden y deben ser considerados como derechos constitucionales, toda vez que integran la carta máxima de organización del estado democrático de derecho, estos son múltiples y hacer un estudio detallado, de cada uno de estos, es una tarea que no podría ser abordada por completo en este estudio, por otro lado ese no es el objetivo de este trabajo.

Un tercer grupo de derechos claramente identificables según Marcial Rubio²²⁴, está conformado por los derechos reconocidos, en la cuarta disposición final, la cual establece:

Cuarta: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Afirma Rubio Correa que en virtud de esta disposición final, los tratados internacionales sobre derechos humanos, forman un cuerpo normativo cierto, escrito e identificado, y que son parte del ordenamiento constitucional, aunque es innegable el hecho de que los tratados, internacionales son parte del derecho constitucional, no creemos que la fórmula, para sostener tal afirmación, sea la cuarta disposición, final sino que esta contiene la célula básica junto con el artículo uno para realizar el control de convencionalidad dentro del estado.

²²⁴ RUBIO, Marcial. Op cit. pág. 801.

La integración de los tratados internacionales, al catálogo de derechos constitucionales se hace en virtud de la constitucionalización del derecho internacional, este es como lo ha descrito el doctor Eduardo Ferrer Mac Gregor, una tendencia reciente, a partir de la cual el derecho interno se apropia del derecho internacional, y ha ce del mismo parte del texto constitucional, este tema se abordara más adelante.

Aunque es innegable que los tratados forman parte de los derechos constitucionales, ya que como lo expresa Marcial Rubio Correa²²⁵, después de un larga discusión el TC acepta lo evidente, que es que los tratados en derechos humanos tienen rango constitucional.

Otro grupo de derechos, incluidos también dentro de la constitución, son los derechos implícitos, que se encuentran en otros derechos, los expresos o también llamados derechos viejos.

Es el caso por ejemplo del derecho de objeción de conciencia, es claro que nuestra norma fundamental, no contiene, un reconocimiento explícito del mencionado derecho, esto nos lleva a la pregunta lógica, ¿podemos considera a este derecho como constitucional?, y en consecuencia ¿ es posible proteger a este derecho en la vía del amparo?. Para responder esta interrogante apliquemos la teoría de los derechos no escritos.

Sabemos, que los avances tecnológicos, las necesidades que estos traen consigo, los cambios sociales o culturales, modifican situaciones y relaciones, con el objetivo de que los derechos no explicitos en la constitución, pero que se fundan en la protección de la dignidad humana, tengan el mismo valor que los derechos expresamente establecidos en la constitución, se agregan a las cartas fundamentales, una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales"²²⁶ es el caso del artículo 3 de la constitución política del Perú, esta cumple u rol de adaptación, dota de cierta

²²⁵ MARCIAL RUBIO op cit. pág. 802.

²²⁶ Ídem pág. 804.

elasticidad, a la constitución en su parte dogmática, es decir podríamos compararla con la interpretación mutatis mutandi, en los derechos humanos.

Sin embargo esta nos puede llevar a una confusión, ya que debemos diferenciar entre derecho no enumerado, y contenido implícito, de los derechos viejos, claro que en ocasiones, se puede estar frente a un contenido implícito, que puede ser considerado de manera autónoma, es el caso del plazo razonable que puede ser considerado, derecho autónomo, y también como contenido implícito del derecho al debido proceso.

Es también el caso de un contenido nuevo, de un derecho escrito, toda vez que existes casos de contenidos de derechos fundamentales cuyas necesidades de tutela se va aceptando, a consecuencia del desarrollo normativo, o por la propia jurisprudencia constitucional.

Así nuestra Constitución recoge en el artículo 3 una enumeración abierta, de derechos, lo cual no obsta para pensar que en determinados derechos constitucionales, explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones que antaño no habían existido²²⁷.

En sentido similar el TC ha considerado:

32. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.

²²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_0895_2001_AA_TC. emitida el 19 de agosto del 2002, Sobre acción de amparo interpuesta por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud-Essalud, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.²²⁸

En este pronunciamiento se evidencia, el criterio del TC para considerar que la cláusula de apertura constitucional, se encuentra en el artículo 3, como una propiedad agregada de la constitución, como se expresó, la constitución tiene una característica elástica receptiva.

El tribunal constitucional, mediante su jurisprudencia ha establecido además que existen derechos nuevos estableciendo mediante la jurisprudencia, la apertura de los derechos, y su protección así el TC ha dicho:

h) El hábeas corpus conexo

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable

²²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_0008_2003_AI_TC. emitida el 11 de noviembre del 2003, Sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del decreto de urgencia N° 140-2001.

de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un numerus clausus.²²⁹

Podemos notar del análisis, de las sentencias del TC, que el artículo 3 como se afirmó, constituye una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, permitiendo el ingreso de nuevos derechos o también nuevos contenidos de los mismos derechos y que merecen igual protección, se establece en resumidas cuentas que el sistema constitucional, es un sistema abierto, y no debe ser entendido en el sentido de que sea un sistema de numerus clausus.

Según Marcial Rubio Correa, del análisis de la jurisprudencia del TC, podemos afirmar que existen cuatro diferentes situaciones, en las que se hallan los derechos desde el punto de vista de su existencia: primero están los derechos viejos, o escritos, en segundo lugar los contenidos nuevos de un derecho viejo, en tercer lugar los derechos implícitos, y finalmente los derechos nuevos.

1.3.2. Apertura constitucional, positivismo o iusnaturalismo.

El debate al respecto ha sido amplio, y probablemente siga siendo una cuestión por resolver, las aperturas constitucionales han sido confundidas con las cláusulas de remisión, al derecho internacional, dando como resultado, una aceptación más sólida de la aceptación del iuspositivismo, pero debemos diferenciar estos dos conceptos que en realidad son totalmente distintos.

Los tratados como derecho interno, se configuran a través de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, o de su incorporación, en un sentido más general. Lo cierto es que la incorporación de los

²²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia, en el Exp_2663_2003_HC_TC. emitida el 23 de marzo del 2004, Sobre acción de habeas corpus interpuesta por doña Eleobina Mabel Aponte Chuquiwanca contra el Juez del segundo juzgado de paz letrado de comas, Ronald Soto Cortez.

tratados internacionales sobre derechos humanos nos remite a una fuente cierta en la que las disposiciones normativas, se encuentran taxativamente enumeradas, y precisadas, lo que en rigor de verdad no es un sistema *numerus apertus*, sino un sistema *numerus clausus*. En ese sentido, no existe una apertura constitucional, sino solamente una incorporación de derechos ciertos y de funtes de la misma naturaleza.

Por el contrario la cláusula de apertura constitucional, no tiene una remisión a una fuente cierta de derecho, sino a derechos inciertos pero con base en la dignidad humana, 1 que debemos tener en cuenta y no perder de vista es que los derechos nuevos deban tener esa base, y tener como fin la protección de los derechos humanos, así pueden instituirse, nuevos derechos no contemplados en los instrumentos internacionales, sin que esto signifique que no puedan ser tomados como válidos, ni exigibles a un estado, para su cumplimiento y respeto.

En ese sentido no podemos negar, las implicancias del constitucionalismo, que pueden ser tomadas, como iusnaturalistas, es precisamente esa carácter de superioridad e inamovilidad de ciertos normas superiores la que nos lleva la idea del iusnaturalismo²³⁰, por el contrario resulta incompatible con el constitucionalismo, las ideas positivistas en cualquiera de sus concepciones²³¹, así afirma PRIETO SANCHIS²³², con el constitucionalismo, deja de ser posible un entendimiento positivista del derecho.

1.3.3. Los derechos análogos a los contenidos en la constitución.

Esta es la segunda afirmación contenida en el artículo en análisis, que hace analogía, con todos los derechos contenidos en la constitución, sean estos nuevos o viejos o contenidos nuevos también, al respecto de la analogía podemos afirmar que

²³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. "IUSNATURALISMO, POSITIVISMO Y CONTROL DE LA LEY. LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS, IDEOLÓGICOS Y DOCTRINALES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN FUNDAMENTOS, CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO, DERECHO PÚBLICO, E HISTORIA CONSTITUCIONAL". Juan Luis Requejo Pagés (Coord), pág. 30. Consulta 20 de agosto de 2013. <www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf>

²³¹ A saber son tres, como ideología o punto de vista moral, como teoría explicativa del derecho, y como posición conceptual sobre el entendimiento del derecho o forma de acercarse a él. PRIETO SANCHÍS, op cit pág. 31.

²³² PRIETO SANCHÍS, op cit. pág. 30

es un procedimiento que consiste en tomar la semejanza de dos situaciones, naturalmente cuando hablamos de derechos, una de estas se encuentra prevista en el derecho y la otra no, y como consecuencia asignar a la segunda, la consecuencia de la primera, porque situaciones sustantivamente similares.²³³

Así un derecho análogo será, un derecho que no es igual a uno existente pero que es sustantivamente similar²³⁴, la jurisprudencia del TC, ha establecido como casos de analogía en el establecimiento de derechos constitucionales, en virtud del artículo 3 de la constitución a los siguientes:

El TC establece la analogías de los artículos 157 y 161, con los efectos de los artículos 99 y 100, ya que en estos no existe una votación calificada, para destituir o inhabilitar a los funcionarios comprendidos en el artículo 99²³⁵.

²³³ RUBIO CORREA, op cit. pág. 811.

²³⁴ Ídem.

²³⁵ 22. El Tribunal Constitucional advierte que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa.

23. Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En ese sentido, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.

Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

Debemos entender que el contenido de esta analogía se refiere a la sanción que podría recibir el funcionario contemplado en el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, los que al no establecer, el mínimo para sanción, podría incurrirse en abusos así estableciendo por analogía el mínimo contemplado en los artículos 157 y 161, se asegura al funcionario que fuera destituido o inhabilitado sin el quórum establecido por analogía, el interesado puede recurrir en vía de amparo obteniendo una sentencia favorable.

Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 1 de diciembre del 2003 en el Exp. 0006_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la republica contra el inciso j) del artículo 89 del reglamento del Congreso de la República.

En sentido semejante se ha pronunciado sobre la detención provisional, estableciendo que esta debe sumarse al periodo de reclusión por ejecución de la pena, una vez impuesta, pues los efectos de ambas, sobre la persona son los mismos, dejando de lado la diferencia conceptual, entre estas instituciones, así el TC hace una notoria comparación y analogía de las instituciones, y sus efectos sobre la persona en su libertad en sentido estricto.²³⁶

También podemos hablar del derecho a la alimentación, este no existe de manera expresa en el texto constitucional, pero que el TC ha explicado su existencia, a través de la jurisprudencia²³⁷, Marcial Rubio Correa opina que, el derecho a la alimentación,

²³⁶ Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán, “(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)”. (*Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 32”.

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución). TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sentencia recaída en el EXP_0019_2005_PI_TC. emitida el 21 de julio del 2005. sobre proceso de inconstitucionalidad, interpuesto por más del 25% del número legal miembros, del Congreso de la Republica, contra el artículo único de la ley N°28568, que modifica el artículo 47° del código penal.

²³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_3482_2005_PHC_TC. emitida el 27 de junio del 2005 sobre proceso de habeas corpus interpuesto por don Luis Augusto Brain Delgado a su favor, y en beneficio de sus esposa, doña Julia Patricia Barrientos Alcántara, y de su menor hijo, Sebastián Brain Barrientos.

puede ser entendido como un derecho análogo, al derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, que configura exactamente un derecho implícito en otros derechos, porque la alimentación no es el derecho a no morir de hambre, sino el derecho a comer²³⁸, lo primero es subsistencia, lo segundo es calidad de vida. La alimentación se encuentra alejado de los conceptos de niveles de subsistencia, más bien lo que propugna es la calidad de vida. Por esta razón agrega marcial rubio, es más un derecho análogo, que una implícito.

De lo anteriormente expuesto, apreciamos que los derechos análogos, no son derechos distintos, sino que el argumento de la analogía permite la aplicación del derecho establecido para una determinada situación, a otra situación análoga.

1.3.4. Los derechos nuevos que se funden “en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Los derechos nuevos son establecidos en virtud de la parte final del artículo 3 de la Constitución. Por lo tanto deben ser derechos relacionados a los supuestas allí establecidos, estos no son derechos expresos, ni implícitos. Sino derechos que son necesarios reconocer, por las razones establecidas en el propio artículo, a saber existen tres derechos nuevos, declarados por el Tribunal Constitucional: el derecho a la verdad²³⁹, el derecho a ser servidor público²⁴⁰ y el derecho al proceso sin dilaciones indebidas²⁴¹.

²³⁸ RUBIO CORREA op cit. pág. 815.

²³⁹ 14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de Marzo del 2004 en el Exp_2488_2002_HC_TC. Sobre acción de habeas corpus, interpuesta por doña María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche.

Siendo el requisito para la incorporación de nuevos derechos, los cuatro supuestos que establece la parte final del artículo 3, de ellos el más relevante es la “dignidad humana”, esta es suficiente para fundar cualquier otro derecho, y brinda el soporte más fuerte, ya debemos considerar, que la dignidad humana se constituye en el núcleo fundamental del estado.

1.3.5. El control de convencionalidad y el artículo 3 de la Constitución del Perú.

El artículo tres de la Constitución representa la apertura constitucional, la misma en cuya virtud se pueden además de entender los derechos constitucionales, que se encuentran en toda la Constitución, se puede entender los demás implicados, e incorporar otros, así esta cláusula se perfila como innovativa, de desarrollo de los derechos fundamentales.

Así la función que cumple el artículo 3 de la Constitución, es de adaptación de los derechos –cuando hablamos de nuevos contenidos- de base para la creación de nuevos derechos, ya que es como hemos dicho la cláusula abierta, la misma que puede ser considerada, hacia nuevos derechos auténticos, o de creación del TC, o de

²⁴⁰ 24. Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado peruano es parte.

Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 25 de abril del 2006, en el Exp_0025_2005_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad, interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa, contra el artículo 22 inciso c), de la ley N° 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

²⁴¹ 26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_3771_2004_HC_TC. emitida el 25 de diciembre de 2004. sobre acción de habeas corpus interpuesto por Miguel Cornelio Sánchez Calderón contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura.

derechos que provienen, de los instrumentos internacionales de los que es parte el Estado Peruano.

En primer lugar, debemos establecer la relación de semejanza existente, entre la función de la cláusula de apertura constitucional, y los derechos humanos, de manera general, o la convención americana, si queremos ser más específicos, ciertamente en virtud de la propia constitución, el derecho internacional de los derechos humanos, forma parte de la constitución, y ostenta ese mismo rango, esto nos remite necesariamente a los instrumentos escritos, que contienen derechos humanos, que necesariamente a ratificado el estado.

Sin embargo, en los últimos años, el activismo tribunalicio ha dado como resultado nuevas valoraciones en torno a los derechos humanos, y en consecuencia apreciaciones sobre nuevos derechos humanos, es decir se crean en el escenario internacional, con gestión jurisprudencial, los nuevos derechos, estos pasan a formar parte de la constitución.

Es de posición de este documento, que la creación de nuevos derechos por la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene repercusión a nivel de los estados. Es decir existe en el texto constitucional una cláusula que hace que los derechos nuevos, sean integrados a la constitución, y ostenten el mismo rango, así cuando Néstor Sagüés establece, que la fuente del control de convencionalidad, sobre la convención, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se obtiene a través de una interpretación mutativa por adición²⁴², se centra en la fuente de esta obligación, a través del derecho internacional público.

Si proponemos que a través del artículo 3 de la constitución, la convención Americana, forma parte del texto constitucional, esta viene, con la característica de la interpretación *mutatis mutandi*, la misma que complementa, al mismo artículo 3 ya que cumple un función de desarrollo de los derechos humanos, a través dela

²⁴²SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx.

adaptación de la jurisprudencia a los cambios socioculturales, tecnológicos, etc. es decir el los derechos humanos de fuente internacional, traen consigo la semilla de la adaptación que debe cumplir el derecho, considerar lo contrario, nos llevaría a aceptar que los derechos humanos no son válidos, ya que estos se han desarrollado, a lo largo de la historia y han cambiado también para responder las demandas –en un sentido amplio- de la misma.

En ese sentido, el bloque de convencionalidad, como lo llama Ferrer Mac Gregor, se confunde con los bloques de constitucionalidad²⁴³, ya que se integran y forman parte del texto constitucional, pero no solo los el texto normativo de la convención, sino el principio intrínseco de interpretación, y la propia interpretación.

Si los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, forman parte de los derechos constitucionales, las interpretaciones hechas por los órganos internacionales, creados para tal fin, también forman parte del parámetro controlador, además a través de la interpretación, se pueden crear nuevos derechos como se dijo a través del activismo tribunalicio.²⁴⁴

En ese sentido, el artículo 3 de la Constitución, abre la Carta Magna a los derechos nuevos que puedan ser establecidos, por la jurisprudencia de los órganos establecidos para la interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Perú, entonces el control de convencionalidad, de las leyes, es en criterio de la Corte Interamericana, un deber intrínseco de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, cuando este deber del estado, entra a la Constitución, se complementa con el “deber general de protección” de todos los órganos del estado,

²⁴³ FERRER MAC GREGOR; Eduardo. Voto razonado y concurrente en el caso “Cabrera García y Montiel Flores” fundamento 23.

²⁴⁴ Para mayor detalle hágase una revisión del primer capítulo, en el acápite del derecho a la protección judicial, como un derecho nuevo reconocido por la Corte IDH, otro caso análogo es el caso de la pensión como parte del derecho de propiedad, establecido por la Corte Interamericana, en el caso Cinco Pensionistas vs Perú.

y adquiere junto con él, un derecho, el derecho a la protección, del estado, al respeto de su dignidad, este es como lo establece el Tc el *leit motiv*, del Estado²⁴⁵.

Finalmente, si la cláusula del artículo tercero, hace posible la identificaciones de nuevos derechos a partir de los establecidos, en la Constitución, la misma característica le agrega a los derechos humanos de fuente internacional, hace posible entonces que tengan el mismo carácter, las interpretaciones de la Convención Americana.

1.4. EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO DEBER IMPLÍCITO.

En el artículo 44 de la constitución, se establecen los deberes el estado, en este en el segundo párrafo se establece el deber del estado, de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, el mismo que como anteriormente fuera establecido, es contenido en la Convención Americana²⁴⁶, y es precisamente en base a este deber que la Corte IDH considera que el control de convencionalidad, es una obligación de los órganos del estado y en suma de el mismo.

Ahora bien los derechos cuya vigencia el estado debe garantizar, son los contenidos tanto en la constitución –expresos e implícitos, nuevos, contenidos

²⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp_2868_2004_AA_TC. emitida el 24 de noviembre del 2004 sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Alvarez Rojas contra el ministerio del interior.

²⁴⁶ Convención Americana

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si 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.

nuevos- y los demás que como lo establece el artículo 3 sin estar taxativamente escritos son considerados como tales, y en virtud de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de esta materia en los que el Estado sea parte, naturalmente a estos se agregan los derechos nuevos producto de las interpretaciones, que hagan las cortes internacionales competentes, toda vez que amplían el radio de protección, y cumplen con lo establecido en el principio pro homine, considerado como técnica de interpretación, y como deber del estado en la aplicación de las normas, ya que se encuentra establecido en el artículo 29 de la Convención Americana.

Este deber no debe ser entendido desde su esfera estática, es decir por el solo hecho de que se encuentra establecido en la Constitución, sino a partir de una óptica dinámica, es decir promoviendo políticas orientadas al cumplimiento efectivo del deber del Estado en cuestión. Así lo establece también los artículos 1 y 2 de la Convención Americana (supra nota 188), e ellos se profundiza un poco más el rol del Estado como garante de la plena vigencia de los derechos humanos.

Este deber, ahora no solo es configurado, por el mandato del artículo 44, al el se debe agregar, con rango constitucional, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, y las interpretaciones de estos como contenido nuevo, el mismo que es habilitado por el artículo 3 de la constitución política del Perú.

En ese sentido cuando la Corte IDH establece que el control difuso de convencionalidad en un contenido implícito de los artículos 1 y 2 de la Convención establece también un contenido nuevo para la Constitución, como se ha dicho y no en vano se repite, en virtud de los artículos 1 y 3 de la Carta Magna.

Según Bernales Ballesteros²⁴⁷, la vigencia que debe asegurar el Estado, se puede hacer de diversas maneras:

- en primer lugar se encuentra la educación de los funcionarios públicos, personal encargado de la seguridad y el orden y a la población en el respeto

²⁴⁷ BERNALES BALLESTEROS, op cit. pag 324.

los derechos, pues como lo dice el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución, si se crea una conciencia de obligatoriedad y desarrollo de los derechos humanos, se estará contribuyendo efectivamente a su cumplimiento, somos de la opinión que esta sería una contribución, pero que si no se trabaja, a niveles organizacionales del estado, esto es a partir de los órganos públicos, es un esfuerzo inútil.

Al respecto el tribunal constitucional ha dicho que el actuar de los órganos públicos debe estar orientado a respetar los derechos humanos, y a asegurar su vigencia de los derechos humanos, guiados por el “deber general de protección”.

- en segundo lugar, se encuentra la institucionalidad del estado, es decir el autor mencionado opina -en concordancia con nuestra posición, la misma que se expresó en los comentarios al artículo 1 de la Constitución Política del Perú- que es importante el establecimiento de la institucionalidad de todas las organismos constitucionales relacionadas al tema, en especial del Tribunal Constitucional, y la Defensoría del pueblo, esto significa, una total independencia y autonomía, de estos entes estatales. En similar sentido se ha expresado la Corte IDH, estableciendo que el control de convencionalidad como mecanismo para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, alcanza también al aparato gubernamental, es decir que el estado debe estar organizado de tal manera que pueda prestar esta garantía.

- finalmente es de vital importancia que el proceder de las autoridades sea compatible con el respeto y vigencia de los derechos humanos, esto según el autor, se debe reflejar en el establecimiento de códigos de conducta y entrenamiento a los funcionarios, para hacer posible el pleno respeto de los derechos humanos, máxime, si hablamos de funcionarios públicos cuya función básica es la preservación del orden público, y en su caso represión de conductas ilícitas en la sociedad.

La misma perspectiva tiene la Corte IDH, este tribunal, en el caso Cabrera García y Montiel Flores, establece la función u la responsabilidad de la policía en el respeto de los derechos humanos, y su papel en el control de convencionalidad, ya que como sabemos el control de convencionalidad, puede hacerse sobre normas internas o actos de los órganos públicos.

1.5. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL, DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

En la Constitución Política, se dedica un capítulo este comprende del artículo 55 al 57, en él se sientan las bases, de la llamada constitucionalización del derecho internacional, y es en este capítulo donde reside la razón principal el eje de retroalimentación del derecho, es además el soporte, para el control de convencionalidad, promovido por vía de la acción de inconstitucionalidad, ya que como lo establece Ferrer Mac Gregor, la constitucionalización del derecho internacional, permite que en algunos casos el bloque de convencionalidad, se confunda con el bloque de constitucionalidad²⁴⁸, lo que causa, que también se confundan el control de convencionalidad, con el control de constitucionalidad²⁴⁹, pues bien esta es la base principal para afirmar que la Constitución Política del Perú, contiene también implícita la obligación del control difuso de convencionalidad, mucho antes incluso de la primera mención de la figura, por la Corte IDH.

1.5.1. Constitucionalización del derecho internacional.

El artículo 55 de la Constitución, establece. Claramente que los tratados celebrados por el estado, y en vigor forman parte del derecho nacional, este principio recoge como es de notar el principio de incorporación del derecho internacional, de manera que una vez celebrados los tratados, ingresan a la

²⁴⁸ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Voto concurrente y razonado caso “Cabrera García y Montiel Flores vs Estados Unidos Mexicanos” fundamento 8.

²⁴⁹ El control difuso de convencionalidad, ejercido por los jueces nacionales, se hace teniendo en cuenta en bloque de convencionalidad, y asumiendo el mandato directo, que no permite intermediario de atribución, sin embargo cuando el control difuso de convencionalidad se hace teniendo en cuenta el bloque de convencionalidad, que se ha integrado a la constitución, es decir el juez constitucional, o común observa además de la constitución, el contenido de los tratados internacionales y las interpretaciones, que han hechos los tribunales internacionales, están también realizando un control de convencionalidad, claro a partir del derecho internacional constitucionalizado.

normatividad nacional, con el rango correspondiente a la función con la que fue aprobada, que según Bernalles Ballesteros²⁵⁰ si la aprobación proviene del congreso tendrá rango de ley, y si viene del ejecutivo, tendrá rango de decreto supremo, este es un panorama general.

Este fenómeno es producto de la larga experiencia internacional, ya que incremento de las convenciones, el grado de vinculación que tenían sobre los estados y la dificultad de ubicación de las mismas, además del problema de su ubicación jerárquica, trajeron consigo la imperiosa necesidad de incorporar los tratados en la normativa interna.

En ese sentido a través de la incorporación del derecho internacional, se logró superar todos esos problemas, además de que se logra con ello insertar a los estados en los escenarios internacionales, que requieren para un desarrollo integro tanto del como de sus nacionales.

1.5.2. El rango de los tratados en la normativa interna.

La actual constitución, no establece a ciencia cierta, cual es el rango que ostentan los tratados internacionales, en la normativa interna, surge entonces la interrogante, que pasa cuando entran en conflicto, un tratado internacional y una ley interna, cuál de ellos prevalece. Este problema, se presenta a partir de la Constitución de 1993, ya que en la constitución de 1979, en su artículo 101, se previó la solución, ya que en él se estableció que en ese caso prevalece el tratado internacional²⁵¹.

Desde luego esta regla aplicaba, para los tratados que no tuvieran contenido de derechos humanos, ya que estos ostentaban rango constitucional. En artículo 105²⁵², establecía que los tratados relativos a derechos humanos, tenían jerarquía constitucional, y no podían ser modificados sino por el procedimiento, que regía la

²⁵⁰ BERNALES BALLESTEROS. op cit. pág. 354

²⁵¹ Artículo 101.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. **En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.**

²⁵² Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, **tienen jerarquía constitucional.** No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

reforma constitucional. La constitución de 1979, parecía consagrar el principio de adquisición²⁵³ de los tratados, por el texto constitucional, cuya modificación se podría hacer solo cuando, el estado mediante un acto unilateral se retira del tratado, o convención²⁵⁴. Esta constituye una ausencia importante, en la actual Constitución, la misma que establece el rango que tienen los tratados, relativos a los derechos humanos.

Sin embargo, en párrafo segundo del artículo 57, existe lo que podríamos llamar un indicio, establece que los tratados que afecten disposiciones constitucionales, deben ser aprobados, mediante el procedimiento de reforma constitucional, el mismo que es establecido por el artículo 206 de la carta magna. A decir de Bernal Ballesteros, esto es porque de aprobarse un tratado, y luego se advierte su inconstitucionalidad, este no podría regir, ocasionando que las relaciones con los otros firmantes, se tornen tensas, y hasta se podría dar el caso de que se incumpla las obligaciones generando problemas con los demás estados firmantes²⁵⁵.

La dinámica normativa, nos hace tomar otra posición, ciertamente los tratados no ostentan rango constitucional, los que modifiquen la Carta Magna podría asumirse que ostentarían este rango, ya que como se estableció líneas arriba, no puede entrar en vigor y tener efectos, los tratados incorporados al derecho interno,

²⁵³ Por el principio de adquisición, la Constitución, adquiere el derecho internacional de los derechos humanos, y en virtud de la propia Constitución, esta hace suyo el texto, e impide que este contenido deje de ser constitucional, con la denuncia, de los tratados.

²⁵⁴ La reforma establecida en el artículo 105 de la constitución, por lógica se refiere, a la que se puede hacer cuando un estado se retira de un tratado o una convención, al respecto, debemos diferenciar, los tratados de las convenciones, en los primeros las obligaciones, generadas, son inter- estados, de esa manera cuando un estado se retira de un tratado, se extinguen las obligaciones que tenía con los otros estados, naturalmente tampoco puede exigir el cumplimiento de obligaciones a su favor, por parte de otros estados, esto dejando a salvo desde luego las responsabilidades internacionales que genere. Por otro lado cuando hablamos de convenciones internacionales, las obligaciones establecidas, son a favor no de otro estado, sino de sus nacionales, o de la persona humana en general, esta obligación, en especial con los nacionales, no se extingue cuando el Estado denuncia la convención, esta obligación ha sido adquirida por la constitución, e irradiada a los órganos estatales, esto en virtud de la cláusula de apertura constitucional, que permite el ingreso de nuevos derechos humanos, pero no su salida, lo que es condice con el fin del estado, es decir la obligación ya no proviene del derecho internacional, si no de la constitución como norma suprema del Estado, otro argumento posible es la dignidad humana como fin del estado. Así se completa el influjo normativo, que proviene del derecho internacional de los derechos humanos, se incorpora al derecho interno, con rango constitucional, y no modifica, por la denuncia que el estado haga sobre la convención, solo puede ser modificado, mediante reforma constitucional.

²⁵⁵ BERNAL BALLESTEROS, op cit. pág. 358.

contrarios a la constitución, es insustanciable, además de representar una imposibilidad jurídica. Pero el mismo problema presenta, el hecho de que se apruebe un tratado contrario a la constitución, y no se modifique la misma, es decir estaríamos frente a una duplicidad de normas que regulan el mismo hecho, pero en sentido contrario, si asumimos que el tratado no tiene rango constitucional, es absurdo que una norma, de rango inferior modifique la Constitución, y si no lo hace simplemente no hemos superado el problema sería aún imposible que el tratado incorporado surta efectos. Por el contrario, si se modifica el texto constitucional, y no se desecha la norma constitucional anterior, asumiendo el rango constitucional del tratado incorporado, tendríamos dos normas constitucionales contrarias.

Lo correcto entonces, y es en parecer personal, es que, el tratado que afecte disposiciones constitucionales, la modifican, y adquieren ese rango, desechando entonces, la norma constitucional anterior, esto entendiendo que toda modificación constitucional se encuentra encaminada, a mejorar el desarrollo del Estado.

Sobre los tratados con contenido de derechos humanos, después de una no muy corta discusión doctrinaria, el TC acepto lo que era evidente, de esta manera aunque no se exprese de manera escrita en la Constitución cual es el rango de los tratados relativos a derechos humanos, el tribunal reconoció su rango constitucional²⁵⁶.

²⁵⁶ 25. Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos” Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 25 de abril del 2006 en el Exp_0025_2005_PI_TC.

Sobre el rango constitucional, de los derechos establecidos en los tratados internacionales, tienen rango constitucional, en consecuencia tienen fuerza pasiva y activa²⁵⁷, las mismas que le son propias a toda norma constitucional, la fuerza activa, conforme a la cual los tratados, han innovado el ordenamiento, nacional, incorporando a nuestro derecho los derechos en ellos reconocidos, pero no bajo cualquier condición, sino con el rango constitucional, debemos entender, que esta innovación es permanente que estos derechos cuando entran al derecho nacional, se hacen propio de él, y se quedan en esta esfera. Por otro lado su fuerza pasiva, trae consigo su resistencia, frente a normas provenientes de fuentes infra constitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infra constitucionales e incluso una reforma de Constitución que suprimiera algún derecho en el – tratado- reconocido o que afecte su contenido protegido. Sobre los derechos reconocidos en los tratados podemos afirmar que estos constituyen, en ese sentido límites materiales, de la propia potestad de reforma constitucional.

En el mismo sentido se expresó el Tribunal Constitucional, en el Exp_0047_2004_AI_TC, en esta caso el Tribunal constitucional, haciendo una clasificación de las normas nacionales, establece, las categorías, y dentro de estas el grado de las mismas, así en su párrafo 61 establece como criterios para la graduación de las normas²⁵⁸; en primer lugar las categorías son la expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y la condición preferente, además agrega que ellas provienen de una especie normativa, es decir se refiere a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo. Los grados por otro lado, son una clasificación, dentro de las categorías, así expresan la jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría.

Así en la primera categoría se encuentran las normas constitucionales, y las normas con rango constitucional, en primer grado se ubica la Constitución, en tanto norma fundamental del estado, en segundo grado esta ubicadas, las leyes de reforma

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal constitucional, emitida el 25 de abril del 2006, Exp_0026_2005_PI_TC. Sobre proceso de inconstitucionalidad, interpuesto por el colegio de abogados de Arequipa.

²⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el Exp_047_2004_AI_TC. emitida el 24 de abril del 2006, Sobre proceso de acción de inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno Regional de San Martín, contra el Congreso de la República.

constitucional, y en tercer grado, los tratados: de derechos humanos²⁵⁹, eso significa que los tratados con el rango constitucional que ostentan, tienen el grado más bajo dentro de la primera categoría de normas, sin embargo todavía hay mucho que tratar en este tema lo que probablemente cambie la perspectiva.

1.5.3. Aplicación directa de los tratados internacionales.

Mención aparte merece esta característica del derecho internacional de los derechos humanos debidamente constitucionalizado, es evidente que los tratados de derechos humanos, al formar parte del derecho nacional, pueden ser de aplicación inmediata. Al igual que las normas constitucionales, al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional²⁶⁰, sobre el particular, ha dicho, que los tratados forman parte del derecho nacional, en consecuencia son derecho válido eficaz, e inmediatamente aplicable en el interior del estado, esto significa que todos los órganos internos pueden aplicar, ese derecho de fuente internacional.

Si hacemos una comparación con la función del control de convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte IDH, que en reiteradas oportunidades ha establecido, que este control debe hacerse, por todos los órganos del estado, en Gelman²⁶¹, con más precisión, hizo referencia a todos los órganos, vinculados a la administración de justicia, lo cierto es que basados en la responsabilidad internacional del estado por las acciones u omisiones de cualquiera de sus órganos, lo mismo que se ratifica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Sin embargo debemos entender que la doctrina del control de convencionalidad está basada en las teorías voluntaristas, lo que hace vulnerable la

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ 22. Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

²⁶¹ Corte IDH, Caso, "CASO GELMAN VS. URUGUAY". fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2001, fundamento 117.

imposición de la obligación, se justifica entonces el margen de prudencia que debe tener la jurisprudencia de la Corte IDH, dejando a los estados la manera de implementar los mecanismos para hacer posible esta obligación, lo que si sería absurdo es como dice Ferrer Mac Gregor, es que no existiese en el escenario nacional, ningún órgano autorizado para realizar el control de convencionalidad.

Siguiendo este razonamiento, y trayendo a colación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece que el deber general de protección, es de todos los órganos del estado, además que sus actuaciones deben estar destinadas o encaminadas, al respeto de la persona humana, y de su dignidad. Teniendo en cuenta, que en la misma vía – jurisprudencial- el Tc ha dicho que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional, y son derecho eficaz, vigente e inmediatamente aplicable, podemos colegir que cualquier órgano del estado, puede válidamente aplicar el derecho internacional, configurándose una especie de control de convencionalidad, pero este es una tema que abordaremos con posterioridad.

1.5.4. La jurisdicción supranacional, y la constitución.

El artículo 205 de nuestra Constitución representa el reconocimiento constitucional, de la jurisdicción internacional, establece asimismo el carácter complementario, subsidiario, y coadyuvante de la jurisdicción internacional. Esta disposición, no es específica del sistema interamericano, es decir no remite directamente a la jurisdicción de la Corte IDH, sino a los tribunales u organismos constituidos por los tratados de los que es parte el Perú.

Sabemos que el establecimiento de tribunales internacionales constituye parte de una tendencia mundial, orientada a complementar las defensas de los derechos humanos, en sede nacional, con el objetivo de lograr una total y completa protección de los mencionados derechos, esto se inicia como lo establece Ferrer Mac Gregor²⁶², a través de la internacionalización del derecho nacional,

²⁶² FERRER MAC GREGOR, voto razonado y concurrente caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. fundamento 7.

elevando los catálogos de derechos fundamentales a sedes internacionales, y con ellos a las garantías para su protección.

Bernales Ballesteros²⁶³, en una opinión acertada, afirma que el establecimiento de tribunales internacionales, tiene como objetivo la resolución de problemas que afecten los derechos humanos, de las personas dentro del territorio del estado del cual son nacionales, se advierte en esta doctrina una verdadera función tuitiva de los tribunales internacionales, cuyo protección del ser humano, de sus derechos y de su dignidad son el objeto y fin de los mismos. El reconocimiento de la jurisdicción y competencia, significa desde luego, la voluntad de cumplimiento de las sentencias que emitan.

Además agrega el citado autor, que la jurisdicción internacional constituye una garantía adicional para la defensa de los derechos humanos. Muchas veces, ellos son vulnerados por decisiones so estrategias políticas y los organismos judiciales internos pueden estar limitados, o quedar imposibilitados de brindar la garantía judicial debida, o por otro lado es posible que estén conformados por magistrados que no son independientes.

Es precisamente en ese afán que se crean las jurisdicciones internacionales, estarían libres de cualquier injerencia política o económica, la que probablemente dificultarían o mejor dicho condicionarían a los tribunales internos.

Por otro lado debemos también dejar claro que la soberanía permanece incólume, ya que no se vulnera por la aplicación de los tratados más bien es un acto de soberanía la que hace que el estado, se encuentre obligado, así lo determinan las teoría voluntaristas.

En el caso peruano las jurisdicciones a las que se puede recurrir luego de agotada la vía interna, son a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vía la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ambas remisiones fueron establecidas por la ley 23506 – actualmente código procesal constitucional-. Desde luego que se puede

²⁶³ BERNALES BALLESTEROS, op cit. pág. 900.

también recurrir a los mecanismos de protección establecidos en los tratados de derechos humanos. Pero como es evidente, no habrá la eficacia jurisdiccional que para el Perú solo opera cuando se acude a la corte interamericana de derechos humanos. Esto no debe ser entendido en su sentido limitativo, ya que el Tribunal Constitucional, ha establecido la injerencia de los organismos creados por los tratados o convenciones, para su interpretación y tutela.

1.5.5. El bloque constitucional del derecho de los tratados y el control de convencionalidad.

Teniendo por sentado, que los tratados internacionales en vigor forman parte del derecho vigente, unido al reconocimiento, que ha hecho, el Tribunal constitucional, del rango constitucional, que tienen los tratados referidos a los derechos humanos. Podemos afirmar que los órganos jurisdiccionales en sentido material, deben aplicar este derecho, que es constitucional, de fuente internacional.

Así tras la incorporación, de los tratados internacionales referidos a derechos humanos, son norma constitucional, en virtud del artículo 55 de la Carta Magna, y forman parte de los bloques de constitucionalidad que van a servir a los jueces internos para realizar el control de constitucionalidad que como veremos se confunde con el control de convencionalidad.

Como se estableció en el primer capítulo, el control de convencionalidad puede ser de manera directa, y de manera indirecta; conviene entonces analizar, de manera aislada cada caso.

En el primer caso, el juez nacional toma, el tratado internacional²⁶⁴, y lo utiliza de parámetro controlador de la norma nacional, es decir la norma nacional será aplicable toda vez que no entre en conflicto con el derecho internacional de los

²⁶⁴ Hacemos referencia al tratado internacional, de manera general, porque el control de convencionalidad, no se ciñe únicamente a la Convención Americana sino que es extensivo a todos los instrumentos internacionales en los que el Perú es parte, lo que si debemos aclarar es que el trabajo se centra en el sistema interamericano.

derechos humanos, claro está que lo primero, que debe hacer el juez nacional, es interpretar la norma nacional de acuerdo con la norma internacional, solo en el caso en que no sea posible una interpretación conforme, se debe inaplicar la norma nacional. De esta manera el juez nacional utiliza válidamente, la Convención Americana de derechos humanos, haciendo una aplicación directa de esta para contrastar la norma nacional, claro está que en este control no solo se toma en cuenta, el texto normativo de la CADH, sino de la jurisprudencia, de la Corte IDH, o en su caso del Tribunal creado para interpretar determinado tratado.

Ciertamente este documento hace especial estudio sobre el sistema interamericano y en consecuencia en la CADH, es menester precisar que esta labor de contraste no solo es válida, para el mencionado instrumento, sino para todos los tratados referentes a los derechos humanos, del que el Perú es parte.

El mismo criterio ha tomado el Tribunal constitucional el mismo que ha establecido que los tratados internacionales, forman parte del derecho interno y que son directamente aplicables²⁶⁵, ya que constituyen derecho valido y eficaz.

En el segundo caso, la Convención Americana, le da contenido, a otra norma, desde la cual se realizara el control, es el caso del llamado control de convencionalidad indirecto. La Convención Americana, le da contenido a la constitución, puede ser tomado desde dos ópticas, la primera en la Convención forma parte del derecho nacional, con rango constitucional, y los derechos contenidos en ella ahora son derechos constitucionales, los que serían usados como parámetro para un control de constitucionalidad, pero en el fondo sigue siendo control de convencionalidad. La segunda óptica trata, de usar la Convención y su contenido tanto normativo, como interpretativo –las interpretaciones que ha hecho la corte IDH- para darle contenido a otros derechos constitucionales, los que serán utilizados como

²⁶⁵ 25. (...)” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador. Sentencia del tribunal constitucional emitida el 25 de abril del 2006, en el Exp_00025_2005_AI_TC. Sobre el particular véase también. La Sentencia del Tribunal constitucional, del 8 de noviembre del 2005, del Exp_5854_2005_AA_TC.

parámetro también en el control de constitucionalidad, aquí la Convención Americana despliega su rol integrativo e interpretativo.

La Convención también puede ser usada como parámetro controlador de los actos de los órganos del estado, recordemos el objeto del control por excelencia, es la norma nacional, sin embargo, la Corte IDH también ha desarrollado el control de convencionalidad, sobre los actos de los órganos estatales.

1.5.6. Nota sobre la relación entre la constitución y la norma internacional desde una perspectiva constitucional.

Hemos dejado claro, que la relación entre la Convención Americana, y el derecho interno es – en el marco del control de convencionalidad-, una relación de control, ya que se ha propuesto a la Corte IDH, como un auténtico Tribunal supranacional²⁶⁶, y que ha establecido que los órganos internos, entre ellos sus jueces, deben practicar el control de convencionalidad de las normas internas, y adecuar sus actuaciones, teniendo como norma referencial a la Convención Americana.

En este apartado haremos un breve análisis, de la relación entre la norma nacional y la internacional desde una perspectiva constitucional, con el objetivo de entender, los lineamientos implícitos en la Constitución, que sirven, para sustentar nuestra posición.

En términos generales la relación entre la norma internacional, y al nacional es fluida y directa, en el estado actual de los avances, y desarrollo de los estados, sería absurdo pensar en un estado aislado en su derecho, y relaciones con sus nacionales. Así los derechos fundamentales se constituyen, en una limitación al

²⁶⁶ SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx.

poder estatal, limitación que también está custodiada, respaldada por los tribunales internacionales.

Aun así, sigue siendo la constitución de un estado la norma fundamental, de este, la que sienta sus bases y guía su desarrollo. Es en la constitución donde se encuentra la estructura fundamental del Estado, sus fines y sus objetivos, en esta misma se encuentran los derechos que configuran un estado democrático, así, a decir de Bernales Ballesteros, la constitución, tiene dos partes una que solo rige y es específica del estado, y la otra que es de contenido universal. A la parte de la constitución que con contenido universal, la teoría la ha llamado dogmática constitucional, o como se le conoce en el argot popular, parte dogmática de la constitución.

La parte dogmática de la constitución es por decirlo así, inamovible, así puede cambiarse de modelo político modelo económico o hasta presidencial, pero no podrá suprimirse el derecho a la vida a la integridad física, a la libertad en su amplia concepción, y demás derechos conexos.

Ahora bien en este contexto es en el que se insertan los mecanismos constitucionales de incorporación de las normas internacionales, así entendido, como lo establece Daniel O' Donnell²⁶⁷, las normas internacionales dependen principalmente del valor que le dé el derecho nacional, con especial incidencia en el derecho constitucional.

Como ya hemos establecido de manera amplia, la constitución, en su amplio contenido, se relaciona directamente con la Convención americana y otros instrumentos internacionales, tanto a través de la constitucionalización, del derecho internacional, a través del sistema *numerus apertus*, presente en el artículo 3 de la constitución, como a través de la aceptación de la jurisdicción internacional.

²⁶⁷ Daniel O' Donnell, *apud*, BERNALES BALLESTEROS, op cit. pág. 901.

1.6. LA CUARTA DISPOSICION, FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ.

Dentro del cuerpo normativo de la constitución, en el cual se puede enmarcar el control de convencionalidad, se encuentra en último lugar, la cuarta disposición final y transitoria.

Es tal vez la más importante disposición constitucional, que contiene la semilla del control de convencionalidad en su configuración contemporánea, esta tiene al igual que el resto de la constitución la misma importancia. La cuarta disposición final y transitoria.

En la dinámica del derecho constitucional, las relaciones son activas, así cuando el derecho internacional se incorpora al derecho interno, este no queda aislado, ni cerrado en la Constitución, sino que se coordina y compatibiliza con el derecho internacional, de esta manera el derecho se fortalece, como en el caso de la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, *que los derechos contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos.*

Disposiciones de esta naturaleza, facilitar las relaciones entre el derecho internacional y el nacional, ya que como lo expresa Antonio Cancado, ya no hay justificación para que el derecho internacional y el derecho constitucional, sean tratados de una manera estática o compartimentada²⁶⁸. Por el contrario exige que estos derechos sean abordados de manera dinámica e integral, en consecuencia que el intérprete concilie, ambas fuentes, ya que estas forman parte de un único sistema de derechos. Lo que significa que antes de presumir incompatibilidades o efectuar confrontaciones entre ambas, existe un deber de integrarlas y descifrar el contenido armonizante y congruente de los derechos fundamentales.

De esta manera adquiere su mayor vigor el principio de optimización de los derechos fundamentales, así como de la fuerza expansiva de los derechos

²⁶⁸ CANCADO TRINDADE, Antonio, *apud*, CARPIO, Edgar, interpretación de los derechos fundamentales, palestra editores, lima 2001 pág. 130.

humanos, como ha dicho BIDART²⁶⁹: la fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser –ni debe ser– de estreches o angostamiento, sino de optimización, en el marco histórico y situacional...”

Ese fue el objetivo del artículo 105 de la Constitución de 1979, en la cual por primera vez en Latinoamérica se le otorgo rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, ello implicó admitir que la Constitución no se limitaba solo a los 307 artículos que tenía, pues también comprendía, todas las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos. La Constitución de 1993, no reproduce similar tratamiento, empero en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, la cual cumple una función interpretativa.

Edgar Carpio²⁷⁰, establece que son diversas las funciones que una cláusula de esa naturaleza esta llamada a desempeñar, en primer lugar puede afirmarse que con su inserción, la ley fundamental advierte, que sin importar el carácter genérico, abierto y valorativo, que puedan tener las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, el desciframiento o asignación de sus alcances, límites o restricciones no es un tema que el intérprete jurisdiccional pueda libre y discrecionalmente disponer, sino que esta es una actividad regulada. Así el contenido de los derechos fundamentales, será determinado primero a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados, sobre derechos humanos, en los que el estado peruano sea parte. Así la propia Constitución regula jurídicamente la actividad interpretativa de sus operadores jurídicos (y en particular de los órganos jurisdiccionales), entendemos con esto que esa labor, no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales, sino que es parte del deber general de protección de los derechos humanos, con el que se encuentran obligados todos los órganos estatales.

²⁶⁹ BIDART CAMPOS; German, *apud*, CARPIO, Edgar. Op cit. pág. 131.

²⁷⁰ *Ibíd.* pág. 45

En segundo lugar, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, atribuye a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a los tratados sobre la misma materia, una función hermenéutica, que va a tener su campo de acción en la disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Empero el radio de acción de esta disposición, no se restringe solo a las normas con rango constitucional, esta interpretación conforme se aplica en general a todas las leyes, relativas a derechos y libertades fundamentales.

De esta manera, se cumple el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, y es que si esta exige que todas las leyes y normas de igual o inferior jerarquía deban ser interpretadas y aplicadas de acuerdo a la Constitución; el principio de interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos exige que todas las normas del ordenamiento, relativas a derechos fundamentales, con independencia del rango que puedan tener, deben también ser interpretadas de conformidad con ellos, ese es el criterio recogido por el Tribunal Constitucional español²⁷¹, tanto las normas constitucionales, como las internacionales deben servir de base para la interpretación de las normas legislativas.

Por ultimo una de las consecuencias más relevantes del criterio en estudio, tiene relación con las propias cláusulas de interpretación de los derechos que se hallan en los tratados sobre derechos humanos. Así en virtud de la constitucionalización que hace el artículo 55 de la Constitución, no solo es derecho nacional, los tratados sobre derechos humanos, sino también las disposiciones interpretativas que ellos contienen.

En ese sentido son también parte del derecho interno las disposiciones interpretativas contenidas en la Convención Americana, a saber son cuatro los criterios de interpretación contenidos en la CADH.

- a) Ninguna disposición de la Convención – pero también de la constitución o las leyes- debe ser interpretada en el sentido que permita al Estado grupo o persona de suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades

²⁷¹ Tribunal constitucional español, STC 40/1987; F Jur. N° 2. en CARPIO, Edgar. op cit, pag 136.

reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

- b) La convención expresa el “estándar mínimo” del contenido protegido por cada uno de los derechos fundamentales, de manera que las disposiciones de la Convención, no podrán ser interpretadas en el sentido de limitar el goce ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados.
- c) Asimismo la propia Convención constituye un estándar mínimo, en el reconocimiento de derechos libertades fundamentales, es decir es el referente primario de aquello que debe considerarse como derecho fundamental.
- d) Finalmente el intérprete no debe dejar de lado, al principio pro homine, el mismo que propugna la aplicación de una norma del modo más favorable posible, y la de su interpretación también.

Finalmente podemos concluir que en la interpretación de los derechos fundamentales, los tratados sobre derechos humanos y, desde luego del derecho constitucional comparado, son especialmente útiles.

1.6.1. La IV Disposición Final y Transitoria, y el control de convencionalidad.

La relación existente entre el control de convencionalidad y esta disposición constitucional, es una relación directa y amplia, podemos afirmar que ambos planteamientos, en el fondo expresan la misma idea, así mientras el control de convencionalidad, establece la obligación de los órganos internos de controlar el contenido de las normas nacionales, cuyo primer paso es la labor interpretativa, la disposición cuarta de la Constitución, establece también la obligación²⁷² de realizar una interpretación conforme de los derechos fundamentales, contenidos en la

²⁷² El Tribunal Constitucional ha establecido que la cuarta disposición final y transitoria, constituye una obligación que atañe a todos los órganos del estado, en su esfera de intérpretes y aplicadores del derecho. En el Exp_0217_2002_HC_TC.

Constitución, y como se estableció líneas arriba, en las leyes y otras norma subconstitucionales.

En ese sentido la IV Disposición Final y Transitoria, establece una obligación de control de convencionalidad, no con un carácter confrontativo de las normas, pero si a través de una interpretación conforme, como lo ha dicho Ferrer Mac Gregor, el control de convencionalidad no es únicamente la confrontación de normas, sino inicialmente se debe interpretar conforme a la Convención Americana.

La jurisprudencia, de la Corte IDH, cuando hace referencia al control de convencionalidad, establece la obligación de los órganos internos de realizar ese control, pero no establece la forma en que este debe hacerse, es en la doctrina internacional, donde aparece la interpretación conforme como una técnica de control normativo, pero que desde luego, tiene sus inicios en disposiciones de derecho interno, así en nuestra Constitución, se establece en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, esta tal vez inspirada en el artículo 10.2 de la constitución española de 1978²⁷³. La Corte Interamericana entonces, respeta los márgenes de prudencia, dejando a los estados la facultad de implementar el control normativo, de la manera que se ajuste a su modelos jurisdiccionales, además como lo establece Néstor Sagüés, el control de convencionalidad, y su eficacia, dependerán de - entre otros- la prudencia que muestre la corte cuando emite sus fallos.

En ese sentido la interpretación conforme se formula como la solución, a los problemas que presentaría la formulación del control de convencionalidad por todos los órganos públicos, ya que bajo la formulación del control de constitucionalidad, solo los órganos jurisdiccionales, pueden ejercerlo, lo que impide que otros órganos del estado, puedan realizar el control difuso de convencionalidad.

²⁷³ Artículo 10.

2) Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Ahora bien, la interpretación conforme, no es un atributo solo de los órganos jurisdiccionales, sino es una obligación general, de todos los órganos del estados que en desarrollo de sus funciones, deban interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, como parte del deber general de protección del estado, el mismo del que son pasivos todos sus órganos.

El Tribunal Constitucional al respecto, ha establecido esta obligación, el colegiado deja en claro que la IV disposición final, no constituye una facultad de los órganos jurisdiccionales, sino que es un obligación de los mismos, así mismo extiende esta deber a todos los órganos, que desempeñen funciones jurisdiccionales en sentido material, es establecido también en este pronunciamiento, que los contenidos de los derechos fundamentales, deben ser obligatoriamente informados, por las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, y por las interpretaciones que haga los tribunales internacionales, claro está competentes²⁷⁴.

Este no es el primer pronunciamiento, sobre el particular, del Tribunal Constitucional, pronunciamiento similar tuve en el año 2002 mucho antes de que se hiciera el primer pronunciamiento, de la figura del control difuso de convencionalidad, en la jurisprudencia de la Corte IDH. En el Exp_0217_2002_HC_TC. En dicha sentencia el TC establece que los derechos y libertades fundamentales, se deben interpretar, de acuerdo, con los tratados en materia de derechos humanos, suscritos por el Perú, además establece que esto implica una adhesión implícita a las interpretaciones que hagan, los organismos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano, y en

²⁷⁴ 23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones. Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 8 de noviembre del 2005 en el Exp_5854_2005_PA_TC. Fundamento. 23.

particular la corte IDH²⁷⁵, podemos advertir en este pronunciamiento la tendencia universal que asume el Tribunal Constitucional, advierte que se debe observar no solo los tratados, sino las interpretaciones, sin restricción es decir acepta además del sistema regional, el sistema universal.

Así podemos advertir que la doctrina del control de convencionalidad, no aparece de manera aislada, en la jurisprudencia, de la Corte Interamericana, sino que como lo afirma Ferrer Mac Gregor, la el tribunal interamericano establece esta obligación, tras advertir la creciente tendencia de los estados, de constitucionalizar el derecho internacional, y otorgarle rango constitucional, o en otros casos rango supra constitucional.

Otra de las características, que se encuentra inherente en la VI disposición final y transitoria de la Constitución, es carácter interpretativo de los tratados, con relación al control de convencionalidad, es decir el control de convencionalidad que se puede ejercer sobre la constitución es el interpretativo, en ese sentido se debe buscar una interpretación que busque la optimización de ambos derechos no una confrontación ni mucho menos la inaplicación o modificación de las cláusulas constitucionales.

1.7. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Como hemos establecido ampliamente, la jurisprudencia del tribunal constitucional, reconoce el nivel normativo, de los tratados sobre derechos humanos, su nivel constitucional, y la validez de sus interpretaciones, en el sentido en que estas

²⁷⁵ 2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región. (...). Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp_0217_2002_HC_TC fun. 2.

también constituyen derecho. Así el precepto de obligatoriedad solo de las sentencias en que el estado es parte, forma parte del derecho muerto. El estado peruano mediante la jurisprudencia del TC se ha comprometido, a respetar los derechos humanos garantizando su plena vigencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es múltiple, así podemos encontrar pronunciamientos que establecen el fin del estado cuyo centro es el ser humano, su dignidad y sus derechos, orientan la actuación de los órganos internos, destinados a un solo propósito la tutela de los derechos fundamentales, también podemos encontrar pronunciamientos aceptando la competencia y la obligatoriedad de los pronunciamientos de los tribunales supranacionales, y su calidad de contenido implícito de los tratados internacionales.

Así el TC en el expediente 2730-2006-AA/TC. Señala que las interpretaciones que haga la Corte IDH de la Convención Americana, es vinculante para todo poder público del estado:

*12. La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o **ratio decidendi**, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea*

*vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal*²⁷⁶

El colegiado establece la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Interamericano, con respecto a los poderes del estado, debemos recalcar que este ha sido el pronunciamiento más claro con respecto a las obligaciones internacionales, por lo tanto podemos advertir que aún no se esclarecido entonces los alcances verdaderos de la jurisprudencia de dicha corte, ya que observando este pronunciamiento que hace el tribunal constitucional, cualquier órgano del estado puede dejar de aplicar una leyes si esta es inconvencional, y su fundamento seria que el propio TC ha reconocido la obligación.

En ese sentido el control de convencionalidad, constituye una nueva obligación de los órganos internos, en su carácter más simple pero a la vez más importante, el de la interpretación conforme. El Tribunal constitucional, ha establecido que la interpretación conforme no constituye una facultad, sino una obligación de todos los órganos que tengan jurisdicción en sentido material, en definitiva podemos afirmar que el control de convencionalidad en su forma básica se encuentra dentro de las obligaciones de los órganos estatales.

En control e convencionalidad en su sentido más severo, es decir, e de inaplicación e invalidación de la norma, sigue reservado, a los órganos jurisdiccionales, empero en este documento se sostiene en concordancia con Juan Carlos Hitters²⁷⁷, que el control de convencionalidad, en su sentido de inaplicación, puede ser aplicado por todos los órganos del estado en todos sus niveles es decir nacional, regional y municipal, siempre que sus actos derivados de un mandato legal, representen una vulneración de los derechos, esa es la dimensión del control de convencionalidad al que están sujetos los actos de los funcionarios públicos, sobre el particular, se tratara a fondo con posterioridad.

²⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 2730-2006-AA/TC, del 21 de julio del 2006. Fundamento 12.

²⁷⁷HITTERS Juan Carlos. "CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) pág. 124. Visita hecha el 15 de setiembre del 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>

1.8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN, ES SOLO DEL CORPUS IURIS INTERAMERICANO.

Aunque nuestro problema de investigación, se encuentre centrado en el sistema interamericano de derechos humanos no podemos dejar de advertir que el modelo de control de convencionalidad, implícito, en la constitución, política del Perú, es un modelo extenso, y alcanzo a todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, sean estos parte del *corpus iuris* interamericano o no, sea que la Corte IDH ejerza competencia contenciosa o no, y aunque estos tratados pertenezcan al sistema universal de derechos humanos.

De hecho el control de convencionalidad, a través del control de constitucionalidad, se ha realizado por los jueces tanto de la CADH, como de la DADDH, así como la declaración universal de los derechos humanos, igualmente del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Sobre el ultimo por ejemplo podemos mencionar el caso PROFA, del 2005, en este proceso de inconstitucionalidad, se siguió un peculiar proceso, muestra de que es posible canalizar el control de convencionalidad, a través del control de constitucionalidad, ya que en primer lugar se aceptó el carácter constitucional, del pacto internacional de derechos civiles y políticos, y de la Convención Americana,²⁷⁸ y posteriormente se tomó a estos documentos como parámetro para el control de constitucionalidad,²⁷⁹ esto a causa del proceso fue casi idéntico a un proceso de inconstitucionalidad promovido en 2001, el TC esclareció, que no se trata de un proceso totalmente idéntico, por lo que no procede la excepción de cosa juzgada, dado que el parámetro controlador empleado en 2001 fue el artículo 151 de la constitución, en este caso el parámetro era distinto.

²⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia recaída en el exp-0025-2005-AI/TC, del 25 de abril del 2006 Fundamentos 25-34.

²⁷⁹ *Ibíd.* Fundamentos 35-37.

Así el TC utilizo como parámetro al artículo 25 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el artículo 23 de la convención americana. Los mismos que según el tribunal constitucional, ostentan rango constitucional.

Es claro entonces, que el control de convencionalidad que se puede ejercer en vía control de constitucionalidad, es sobre todo tratado de derechos humanos que haya ratificado el estado peruano.

Ahora bien la Constitución Política del Perú, diseña, dos clases de control de convencionalidad, el primero sobre la propia Constitución, y el segundo sobre los normas de rango legal e inferiores.

En el primer caso el control de convencionalidad sobre la constitución, se encuentra diseñado, por la V disposición final y transitoria, o cláusula de interpretación conforme, con base en ella se puede realizar el control de convencionalidad, sobre la constitución, tanto con el sistema interamericano de derechos humanos, así como con el sistema universal, dado que la cláusula de interpretación conforme, no restringe su ámbito de aplicación, más bien es extensivo a todo tratado al que el estado se encuentre suscrito.

En ese sentido puede realizarse control de convencionalidad, sobre la constitución, teniendo como parámetro a cualquier tratado que reconozca derechos humanos, q los que se encuentre suscrito el Perú.

Ahora bien el control que se debe ejercer sobre a constitución es un control interpretativo, es decir frente a los múltiples significados que se puedan extraer de la Constitución, se tome la interpretación que sea conforme a los tratados interacciones de derechos humanos, esto sucede por el hecho de que el Perú ha otorgado nivel constitucional a los tratados sobre DDHH. Configurándose de esta manera un sistema de aceptación tácita parcial, este según Sagüés, permite control la constitución en vía interpretativa,²⁸⁰ pero no invalidando a las normas constitucionales.

²⁸⁰ Para poder realizar un control de convencionalidad “represivo” sobre la constitución, esto es invalidar la norma constitucional, el estado debe aceptar la supra constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos, como en el caos de chile, el debate en el derecho internacional, sobre todo

Pero como hemos dicho, este sistema de control convencional “interpretativo” no se adscribe al sistema interamericano, es más la VDFT, establece que la interpretación conforme debe hacerse a la luz de la declaración universal de los derechos humanos, haciendo una indudable referencia al sistema universal de protección de los derechos humanos.

Debemos también tomar en cuenta los alcances de la VDFT de la constitución, los que según el Tribunal Constitucional, alcanza a las interpretaciones hechas por los organismos internacionales creados para ejercer tal función, respecto del tratado al que se adscriba, así ha mencionado que en la interpretación conforme no solo se debe tener en cuenta a los textos de los tratados sino también la interpretaciones de los organismos internacionales creados para tal fin.

En segundo lugar se encuentra otro sistema de control de convencionalidad, no menos importante que el primero. Se trata del sistema de control que se puede ejercer a través del control de constitucionalidad, sobre las normas con rango legal e inferior.

En este, los tratados sobre derechos humanos, se toman en su esfera de derecho constitucional, está constituido por el bloque de constitucionalidad del derecho constitucional internacional.

Los tratados sobre derechos humanos, lo ha dicho el TC tienen rango constitucional, y son normas constitucionales de primera categoría, por lo tanto son parámetro controlador para las normas de rango legal e inferiores, al igual que la primera clase de control de convencionalidad, este control puede hacerse respecto de todo tratado sobre derechos humanos, en el que sea parte el estado peruano. Y vincula a través de la interpretación conforme a los tratados internacionales, a todo órgano público, ya que este siempre será un intérprete- aplicador del derecho.

En ese sentido el fenómeno de constitucionalización del derecho internacional, ha traído consigo mismo un sistema de control de convencionalidad especial, el mismo que se puede realizar mediante el control de constitucionalidad.

en la región interamericana está abierto aun, desde luego existe la posición de la supremacía convencional, sin embargo no es una tesis completamente aceptada.

2. LA CONSTITUCIÓN EN SU SENTIDO MATERIAL, COMO FUENTE DEL DERECHO.

El tema de las fuentes del derecho, es usual que se aborde, a través de la teoría general del derecho, ahora bien es válido afrontarla a través de una perspectiva constitucional, y esa es la perspectiva que nos ocupa en este apartado con la finalidad, de sustentar como la constitución ha adquirido una obligación como la del control de convencionalidad, y la ha hecho un deber general, aunque esta no sea recogida de manera expresa.

En ese sentido se ha pronunciado el tribunal constitucional, el mismo que citando a ALVAREZ CONDE señala, hoy día es comúnmente pacífico, ubicar la regulación de las fuentes del derecho, en la teoría constitucional, el mismo añade que la propia configuración de la constitución como norma jurídica suprema de un estado, hace que esa no solo se configure como una autentica fuente del derecho, sino en la norma delimitadora de las fuentes del derecho²⁸¹.

En igual sentido el TC citando a JERONIMO BETEGON, afirma que la incidencia de la constitución en el sistema de fuentes es doble, una como norma suprema, y la segunda como norma que regula la producción normativa.

Para los fines de la presente investigación conviene abordar el estudio desde una perspectiva doble, la constitución como norma jurídica, y su implicancia como tal, en el control de convencionalidad, y la constitución como la norma de producción jurídica, esto es como lo señala FERRAJOLI²⁸², a través del paradigma del estado constitucional de derecho, que guarda una íntima relación con el derecho internacional de os derechos humanos.

Es necesario analizar la constitución en el marco del control de convencionalidad, dada la relación, entre el derecho internacional, y el derecho

²⁸¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia recaída en el exp_0047_2004_AI_TC. Fundamento 8.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías, la ley del más débil", Cuarta Edición. Editorial TROTA. 2004, pág. 21

interno, particularmente con el derecho constitucional, además de los límites que en el caso trabajadores cesados de congreso a esquematizado la Corte IDH, ella se expresó diciendo que: este control debe hacerse en el marco de las competencias inherentes a los órganos internos, pues bien naturalmente este pronunciamiento hizo remisión, al control de constitucionalidad, que de cierto modo se identifica con el control de convencionalidad, aunque así no lo entiendan autores como Néstor Sagüés, lo que sí se puede afirmar es que cuando un órgano haga efectivo el control de convencionalidad observando las interpretaciones de los organismos internacionales, esta también realizando un control de constitucionalidad, máxime teniendo en cuenta la concepción dinámica de la constitución.

2.1. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA DINÁMICA.

La constitución, en el derecho contemporáneo, se propone como la máxima norma en el orden jurídico de los estados, la doctrina ha señalado, que la constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y representan el parámetro de validez del resto de normas.

El TC, ha reconocido el carácter de norma jurídica de la constitución, así también reconociendo su carácter de norma política, afirma:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la auto representación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.²⁸³

En ese sentido la Constitución es la norma jurídica suprema, que informa el derecho en general, es decir es la base del derecho de un estado, es la guía tanto para la labor legislativa, como para el actuar estatal -es en estos dos

²⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp. N.º 0014-2003-AI/TC. Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, fundamento 2, párrafo 3.

dimensiones donde se inserta el control de convencionalidad, como un fenómeno, que como apunta Miguel Carbonell, ha reformulado el derecho de los estados, empezando por la Constitución y llegando a cambiar hasta la propia argumentación jurídica-. El tribunal constitucional, además ha afirmado que la constitución, toda ella posee fuerza normativa,²⁸⁴

Ahora bien, la constitución como norma jurídica suprema, en contacto con el derecho internacional de los derechos humanos, que es la cuestión que nos ocupa, puede ser abordada a partir de dos ópticas, la primera a través de su texto normativo, que como se estudiara es abierto y permite un dinámico contacto con el derecho internacional, y a partir de la adquisición de nuevos derechos y obligaciones que tienen una fuente distinta a la propia constitución, pero que finalmente se integran a la misma conformando un catálogo unitario.

2.2. LA CONSTITUCIÓN, COMO FUENTE DE FUENTES, RELACIÓN CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Sobre el particular podemos afirmar que a constitución es la norma de normas, en ella se regulan la formas de producción de las normas de rango inferior, en definitiva la constitución incide en el sistema de fuentes en tanto regula la producción normativa, en ese sentido FERAJOLI ha afirmado que el paradigma del estado constitucional de derecho involucra, la regulación de las formas de producción del derecho, como los límites materiales, de este derecho.

Así la constitución establece el procedimiento de producción normativa, cuyo cumplimiento resultara en su vigencia, y además los límites sustanciales de la producción normativa, de cuyo cumplimiento resultara, su validez. Para el caso que nos ocupa, es la constitución como límite material de la producción normativa, la que debe ser abordada, ya es esta “esfera constitucional” la que se mantiene en contacto con el derecho internacional de los derechos humanos, y que va

²⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp. N.º 005-2003-AI/TC. Caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República, contra los artículos 1º, 2º, 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, fundamento 21.

ser modificada, por el mismo, siendo un poco más observadores en la comparación podemos afirmar que se refiera a la dogmática constitucional.

En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, el colegiado ha entendido que la Constitución representa un límite material en la producción normativa, así se ha pronunciado este tribunal:

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina 'límites materiales', e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como 'intangibles'.²⁸⁵

Independientemente del proceso que diera origen a este pronunciamiento, o de la referencia directa del mismo, el citado tribunal deja claro la existencia de los límites materiales presentes en la Constitución, los mismo que son calificados como intangibles, además el colegiado en la misma sentencia establece, los límites materiales como expresos e implícitos, los primeros llamados también cláusulas petras, y los segundos son los que aunque la Constitución no prohíba tajantemente su reforma, se entiende que es imposible hacerlo toda vez que acarrearía la propia destrucción de la carta magna²⁸⁶.

Ahora bien estos límites materiales, son modificados por el derecho internacionales de los derechos humanos, ya que se fundan como lo expresó el TC, en la dignidad humana,

De ese modo la constitución representa un límite sustancial, en la producción normativa, pero no un límite estático y paralizado, sino uno cambiante, y constantemente enriquecido por otras fuentes del derecho.

²⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el Exp. N.º 0050-2004-AI/TC. Caso reforma constitucional del régimen pensionario, fundamento, 32.

²⁸⁶ *Ibid.* fundamento 33.

2.3. LOS LÍMITES SUSTANCIALES EN LA INTERPRETACION DEL DERECHO.

Los límites sustanciales, de la constitución en la labor legislativa representan una valla de protección frente al legislativo, así entraría en juego control previo, de constitucionalidad o si se quiere de convencionalidad, pero esta no es una cuestión que nos ocupe por el momento, debemos entonces hacer mención, a la labor interpretativa del derecho, la misma que puede variar según el contexto del que se analice. Esto ha sido ampliamente entendido, por el derecho internacional y por el derecho constitucional, de esta manera se expresó por ejemplo en la convención americana de derechos humanos, guías de interpretación, y además límites sobre los cuales no se puede interpretar el derecho, sin que se genere acto lesivo del derecho.

Lo que queremos recalcar en este apartado, es que los límites materiales, trascienden la esfera de producción del derecho, y alcanzan la esfera interpretativa aplicativa, esto es en sentido estricto la esencia del control de convencionalidad.²⁸⁷

En el primero de los casos, la convención americana, en el artículo 29²⁸⁸ establece las normas de interpretación de la convención, estos límites de interpretación se entiende que son límites en el constitucionalismo de los estados partes de la convención.

²⁸⁷ Recordemos que la interpretación conforme es el primer paso, para el control de convencionalidad, el que debe ser realizado por todo órgano público, por otro lado también se habla de la interpretación conforme a la Constitución, como mecanismo para asegurar la primacía de esta.

²⁸⁸ **Artículo 29. Normas de Interpretación**

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y

libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las

leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos

Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En ese sentido en el control de convencionalidad difuso y desconcentrado, propuesto por Juan Carlos Hitters, esos límites de interpretación, representan límites propios a todo operador del derecho, es decir a todo órgano público que deba realizar una interpretación del derecho, y que esta influya en la esfera de las personas, con incidencia en sus derechos humanos.

Ahora bien estos límites no solo son los establecidos para la interpretación de la convención, que merced a la constitucionalización del derecho internacional, se hacen propios del derecho nacional, sino que la jurisprudencia de la Corte IDH, o siendo más precisos, la interpretación que esta haga de la convención americana, también representan límites materiales, no olvidemos que la convención americana está concebida a manera de catálogo de cánones mínimos, para asegurar el pleno respeto de los derechos humanos, así los derechos reconocidos y creados por la jurisprudencia también representan un límite material, para la producción de normas jurídicas, y para la aplicación de estas.

En similar sentido lo ha entendido la Corte IDH, tras la evolución del control de convencionalidad, esta expreso que el control de convencionalidad tiene un papel interpretativo, lo que la doctrina luego asumiera como la interpretación conforme, así en una serie de casos, afirma, que el control de convencionalidad, pasa por una interpretación conforme y adecuada a la convención, además agrega el papel de las interpretaciones que haga el mencionado tribunal interamericano, sobre el texto de la Convención Americana.

El Tribunal Constitucional del Perú, hace lo propio y establece que la interpretación conforme es una obligación, para todo agente público, implica el sometimiento del derecho y de las acciones estatales a los cánones de convencionalidad, el colegiado además, establece como límite de interpretación y aplicación de los derechos contenidos en la constitución, a la convención americana, y las “interpretaciones que haya hecho de esta la Corte Interamericana de derechos humanos” debemos además señalar que este no se agota, únicamente en este instrumento de carácter regional, sino que se extiende a la declaración universal de

derechos humanos, y a las interpretaciones que hagan de estos instrumentos los órganos creados para tal fin.

**TITULO III: EL OPERADOR JURIDICO DEL CONTROL DIFUSO DE
CONVENCIONALIDAD.**

1. NOCIONES GENERALES.

Este aspecto es el más polémico, en el control de convencionalidad y representa tal vez la barrera más importante para la recepción de la doctrina de este control en los ámbitos internos de los estados.

Esto como se ha explicado, debido a que en primer lugar no es pacífica la parte pertinente a las facultades, como se explicó existen determinados sectores de la doctrina internacional, que creen que este control es una creación nueva, y que se configuraría como una técnica de control normativo paralela a control de constitucionalidad, en ese sentido un juez puede no estar facultado, para realizar control de constitucionalidad, pero si lo está para el control de convencionalidad.²⁸⁹

Por otro lado están los que creen, que el control de convencionalidad debe adecuarse al control de constitucionalidad, generando en definitiva, modelos diferentes en cada estado, según el modelo de control de constitucionalidad que posean.

En este documento, abordaremos y analizaremos ambas perspectivas, es decir, a cargo de quien está el control de convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte IDH, como un mandato que no requiere ninguna delegación por parte del estado, y el control de convencionalidad a través del control de constitucionalidad.

2. ÓRGANOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH, EL ENFOQUE GENERAL DEL ESTADO.

Como se estableció anteriormente la Corte IDH, al hacer mención al control de convencionalidad, ha tomado al estado desde un enfoque integral, a decir

²⁸⁹BREWER-CARÍAS, Allan R. “EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON PARTICULAR REFERENCIA A LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL, MEDIANTE UN RECURSO SENCILLO RÁPIDO Y EFECTIVO DE AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS” página 12, visita realizada el 20 de setiembre del 2013. <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Doctrina/2-El%20Control%20de%20Convencionalidad%20de%20Allan%20Brewer.pdf>

del juez García Ramírez, el estado es uno solo no se puede separar para los efectos de las responsabilidades, desde luego tampoco para las obligaciones, así lo ha entendido y expresado la Corte IDH en los pronunciamientos que emitió, así en los casos “Almonacid Arellano” y “trabajadores cesados del congreso” antes de especificar el mandato de control de convencionalidad, establece la obligación general del estado, a riesgo de ser reiterativos analicemos los pronunciamientos mencionados:

Caso Almonacid Arellano:

124. (...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella (...).²⁹⁰ (resaltado agregado)

En el caso trabajadores cesados del congreso la Corte IDH repite el mismo fundamento, (fundamento 128) abordando al poder judicial como parte del “**aparato del estado**”, que es podríamos decirlo el obligado, constituye así una obligación general la de velar por que las disposiciones de la CADH no se vean mermadas por la aplicación de disposiciones contrarias a su objeto y fin. Asimismo repite el fundamento en el caso “Fernández Ortega”, donde se refiere a todos sus órganos – del estado- incluidos su jueces²⁹¹, los pronunciamientos similares están presentes en la mayoría de las sentencias de la Corte Interamericana, esos son los fundamentos para que autores como Hitters Juan Carlos, hayan afirmado que el control de convencionalidad, deba aplicarse, en todo el aparato estatal, en sus tres niveles, central regional, y municipal.

En otros pronunciamientos como en Vélez Loor, el Tribunal Interamericano atribuye este control a los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades

²⁹⁰ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano vs Chile” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de septiembre de 2006 fundamento 124.

²⁹¹ Corte IDH, caso “Fernández Ortega vs Estados Unidos Mexicanos” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. sentencia del 30 de agosto del 2010. fundamento 236.

ejerzan funciones jurisdiccionales²⁹², debemos entender con este pronunciamiento, que el control de convencionalidad puede ser ejercido por cualquiera de los poderes del estado, es decir tanto por el judicial como por el legislativo y ejecutivo, o al menos eso reclama la Corte Interamericana.

Asimismo en el caso Cabrera García y Montiel flores, se extiende los alcances de la doctrina, en esta caso se refiera a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, siempre como en el caso trabajadores cesados del congreso, deja salvo que esto debe ser en el marco de sus respectivas competencias, además agrega el carácter vinculante de la Convención Americana en relación con todos los órganos del estado:

225. 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 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. (énfasis añadido).²⁹³

²⁹² Corte IDH, caso “Vélez Loor vs Panamá” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia DE 23 DE noviembre DE 2010, fundamento 189.

²⁹³ Corte IDH caso “Cabrera García y Montiel Flores” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010, considerando 225.

En este caso la corte aclara que no se puede disminuir el efecto de la convención, por la aplicación de disposiciones internas contrarias a la convención, esto es una obligación general, parece ser que sugiere una inaplicación generalizada de las leyes inconventionales, aunque esta sea a pedido de parte, pero además agrega, que los órganos vinculados a la administración de justicia, actúen de oficio.

Para Néstor Sagüés esto responde a una directriz ampliatoria, incluye por lo tanto a todos los organismos oficiales²⁹⁴, algunas veces ello se dice en abstracto y otras para hacer referencia a los órganos vinculados a la administración de justicia.

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte interamericana, trata de extender los efectos del control de convencionalidad, a todas las esferas del estado, con el objetivo propio de la CADH, que es el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos, el respeto de la dignidad humana. En ese sentido el estado en su conjunto debe estar orientado a ese fin.

El fundamento probable de esta posición, es velar porque no exista en la esfera estatal interna, una ley inconventional o inconstitucional, menos que estas sean aplicadas por los agentes estatales, causando una violación de los derechos humanos.

2.1. SOBRE LOS MANDATOS GENERALES.

En un intento por fortalecer estado posición haremos ahora un análisis de lo que consideramos son mandatos generales provenientes del derecho internacional, y otros del derecho interno, sobre estos debemos establecer que constituyen directrices generales, que orientan la aplicación del derecho, directrices

²⁹⁴ SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx

orientadas a la conservación del estado constitucional del derecho, a la plena vigencia de los derechos humanos, máxime si tenemos en consideración, que la organización estructural del estado, constituye un mecanismo para asegurar el respeto de la dignidad humana, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional del Perú, cuando expresa que la dignidad humana constituye la *leit motiv*²⁹⁵ del estado, esto es el motivo conductor, la esencia misma.

En ese sentido resultan justificables las obligaciones, límites e impedimentos para la aplicación de normas que puedan redundar en un menoscabo de los derechos humanos, así entendido los mandatos generales, son los que involucran la esfera estatal en su conjunto.

Como se estableció estos mandatos pueden provenir de la esfera internacional, a manera de obligaciones generales del estado, obligaciones que fueron adquiridas bajo la autonomía estatal, y que los obliga a cumplir con dichas obligaciones, por poner un ejemplo podemos mencionar el artículo 2 de la convención, esta representa una obligación del estado, de garantizar el pleno goce de los derechos humanos, esto debe hacerse desde luego tomando las medidas legislativas o de cualquier otra índole, teniendo como objetivo el garantismo preestablecido.

Debemos entender entonces que se trata de un mandato que involucra a todo el estado, el mismo que debe cumplirse de manera generalizada.

2.2. ARTICULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCION AMERICANA OBLIGACIONES POSITIVAS

El artículo primero de la convención americana recoge una obligación general, con respecto a los estados parte de la convención en él se establece el compromiso de los estados de respetar los derechos humanos contenidos en la convención, y a garantizar el pleno disfrute de los derechos de las personas, que estén sujetos a la jurisdicción interna de cada estado. Se puede notar la trascendencia del

²⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_2868_2004_AA_TC. emitida el 24 de noviembre del 2004 sobre acción de amparo interpuesta por José Antonio Alvares Rojas contra el ministerio del interior. fundamento 23.

ser humano y de sus derechos, los mismos que han sobrepasado los límites territoriales, y han llegado a un estado internacional de derecho.

Así el artículo primero constituye una garantía, puesta a favor de los seres humanos, garantía que fue constituida por la voluntad misma de los estados.²⁹⁶ Esta obligación a nuestro modo de ver es una obligación general, que a través de la personalidad jurídica del estado, es transferida a todos los agentes públicos o a todas las formas de manifestación del poder público, toda vez que ellos forman parte del aparato estatal, cuyo fin es proteger a ser humano.

La Corte Interamericana ha tenido muchas oportunidades para examinar el alcance de dicha disposición, así en el caso Velázquez Rodríguez vs honduras, la Corte Interamericana analiza, las obligaciones positivas contenidas en el artículo 1 de la Convención Americana, así señala que son dos las obligaciones generales aceptadas por los estados.

En ese sentido afirma que una de las obligaciones contenidas en el citado artículo es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, además agrega que el ejercicio del poder público tiene límites determinados²⁹⁷ por las esferas de los derechos individuales, que derivan de los derechos humanos: a modo de cita la corte expresa:

165. la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la

²⁹⁶Bajo las teorías voluntaristas, que proponen que toda obligación, proviene de una manifestación de la voluntad estatal, en uso de su soberanía.

²⁹⁷Corte IDH caso "Velázquez Rodríguez vs Honduras". Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 165.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).*²⁹⁸

La Corte IDH precisa esta obligación en el marco de la obligación general de respetar los derechos humanos²⁹⁹, así lo aplica aunque no haya sido citada por la comisión, en esos términos establece, que la violación de cualquier derecho contenido en la convención, constituye también la violación de esta obligación.³⁰⁰ El mismo fundamento es repetido en el caso “Godínez Cruz vs Honduras”³⁰¹, sin ningún tipo de modificación,

Podemos advertir que la obligación de respeto de los derechos humanos representan un límite a la función pública en general, o al menos es lo que ha entendido la Corte IDH, en los pronunciamientos antes citados, en definitiva podemos afirmar que la función pública debe ser ejercida respetando los derechos contenidos en la convención americana, así frente a una ley con carácter inconventional, está a groso modo no debería ser aplicada por ningún funcionario público, toda vez que se incumple la obligación general de respetar los derechos contenidos en la convención americana.

La corte interamericana además ha señalado, que de acuerdo con el artículo 1.1 de la CADH, que toda forma de ejercicio del poder público es ilícito, si con él se viola los derechos humanos contenidos en el mencionado instrumento³⁰².

Se hace además evidente que el derecho internacional de los derechos humanos protege una esfera jurídica, que ya no queda librada a la autonomía estatal, sino que pertenece a una esfera supranacional, aunque esta se active, de manera subsidiaria, luego de agotar la vía interna.³⁰³

²⁹⁸ Corte IDH caso “Velázquez Rodríguez vs Honduras”. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 165. Subrayado es nuestro.

²⁹⁹ *Ibíd.* párrafo 163.

³⁰⁰ *Ibíd.* párrafo 162

³⁰¹ Corte IDH caso “Godínez Cruz S Honduras”, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrafo 174.

³⁰² Corte IDH supra nota 309. Párrafo 169.

³⁰³ Debemos advertir que el carácter tuitivo de la convención ha logrado incluso sobrepasar esta barrera, ya que mediante la opinión consultiva OC-11/90 del 10 se estableció que no se podía exigir

En similar sentido el TC haciendo referencia al artículo 1 de la Constitución Política del Perú, ha afirmado que la actuación de los órganos estatales debe estar orientada a l respeto de los derechos fundamentales, de su dignidad. (véase los comentarios al artículo 1 de la Constitución).

La segunda obligación positiva, contenida en el artículo primero de la Convención Americana De Derechos Humanos, es garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos contenidos en la convención, esta norma tiene un alcance enorme, y gran calado en la estructura del estado, en su momento se mencionó que el control de convencionalidad, en tanto obligación complementaria de los estados podría alcanzar la estructuración misma del estado, pues la Corte IDH lo ha entendido de esa manera, así lo expresa en el caso Velázquez Rodríguez vs honduras:

*La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*³⁰⁴

Probablemente se advierta una suerte de violación a la autonomía del estado, toda vez que normalmente los tratados se involucran con la dogmática constitucional, y no pasan al aparte orgánica de la Constitución, sin embargo debemos entender que a la que se refiere la Corte IDH al efectivo establecimiento de

este requisito de agotamiento de la vía interna, a los indigentes, puesto que no tienen los medios para sobrellevar un proceso, que le brinde una efectiva tutela de sus derechos en sede nacional.

³⁰⁴Corte IDH caso "Velázquez Rodríguez vs Honduras". Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988, párrafo 166. El resaltado es nuestro.

los mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos, así no basta con que se establezcan determinados mecanismos para asegurar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sino que estos deben estar organizados de tal manera que efectivamente presten la seguridad jurídica necesaria.

Un ejemplo claro, es la forma de elección de los integrantes del Tribunal Constitucional, el mismo que se hace a través del Congreso de la Republica, hecho que en nuestra opinión no presta las garantías necesarias para asegurar la efectiva defensa de los derechos humanos, puesto se corre el riesgo de que el colegiado mencionada se encuentre dominado por el oficialismo lo que redundaría en un muy probable estado de indefensión de los derechos a favor del gobierno de turno, dicho de otra manera el Tc se encontraría parcializado en los casos de acciones inconstitucionalidad que llegaran a su conocimiento.

Volviendo al tema, es importante también señalar lo que establece la Corte IDH la misma que a manera de explicación establece el alcance de la disposición e análisis a saber la Corte se pronuncia estableciendo:

*167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*³⁰⁵

Es en consecuencia sencillo establecer un punto de confluencia entre esta obligación general, y el control de convencionalidad, tomado como una obligación destinada a garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

Otra de las obligaciones positivas presentes en la Convención Americana, es la contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, este constituye el

³⁰⁵ *Ibíd.* Párrafo 167.

deber de adecuar el derecho interno, a través de disposiciones legislativas, o de cualquier otra índole, para lograr el objetivo señalado.

El tribunal interamericano, al respecto ha señalado, que la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, por un lado la supresión de las normas y prácticas, de cualquier naturaleza, que entrañen violación a las garantías establecidas en la CADH, y por otro lado a expedición de normas y el desarrollo de prácticas que conduzcan a la efectiva observancia de las garantías mencionadas,³⁰⁶ la doctrina es reiterada en el caso Cantoral Benavides vs Perú³⁰⁷.

Así entendido, el deber general de adoptar disposiciones de derecho interno, alcanza todas las esferas del poder público, ya que está orientada también a desarrollar prácticas destinadas a la efectiva observancia de las garantías mencionadas.

Asimismo la Comisión Interamericana de derechos humanos, ha señalado, que el deber de prevención abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo, cultural, que procuren la salvaguarda de los derechos humanos, y que aseguren que su eventual violación, será tratada como un ilícito susceptible de ser investigada, y sancionada.³⁰⁸

Agrega además, que no basta con que los *estados se abstengan de violar los derechos humanos* sino que deben adoptar las medidas positivas necesarias, para asegurar la protección de las personas, atendiendo también a las circunstancias propias de los mismos.³⁰⁹

En ese sentido los artículos 1 y 2 a la par de ser obligaciones positivas de los estados, representan límites para el ejercicio del poder público, en

³⁰⁶ Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 207.

³⁰⁷ Corte IDH. Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú”. Fondo, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 178.

³⁰⁸ Informe de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos, sobre “SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS” párrafo 41.

³⁰⁹ *Ibid.* Párrafo 43.

consecuencia todo acto que sea una manifestación del poder público, que lesiones derechos humanos recogidos por el Pacto de San José, es ilícito, y puede causar la responsabilidad internacional, del estado, saliéndonos un poco de lo que nos interesa podemos señalar que incluso, los actos de terceros que vulneren algún derecho puede redundar en una posterior responsabilidad del estado, en caso abordaremos este tema más adelante.

Es además una obligación complementaria del estado la de prevenir las violaciones de los derechos humanos, en ese sentido no puede existir una norma, emanada de un estado democrático, o alguna interpretación, que obligue a los funcionarios públicos, aplicar alguna ley que viole derechos.

2.3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ NACIONAL.

Cuando la Corte Interamericana, menciona el control de convencionalidad difuso, lo establece como una obligación impuesta al juez nacional o doméstico, desde luego teniendo en cuenta las regulaciones procesales, que establezcan sus competencias³¹⁰.

Esto provocó en la doctrina la idea de que se debe regular el control de convencionalidad en la sede interna de los estados, adecuando este mismo a las disposiciones competenciales de los estados, con el objetivo de cumplir con el principio de no intervención en los asuntos internos de un estado. Néstor Sagüés, siguiendo los efectos que puede tener el control de convencionalidad, divide a los órganos legitimados del poder judicial.

³¹⁰ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158. Párrafo 128.

2.3.1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La Corte IDH, encarga a los jueces nacionales, la labor de realizar el control de convencionalidad, debemos entender que en ese mandato, se encuentran incluidos los jueces constitucionales, en sentido estricto para nuestro caso, el Tribunal Constitucional.³¹¹

El Tribunal constitucional, es el órgano por excelencia para la interpretación constitucional, debe entenderse así para el control de convencionalidad, la doctrina ha concordado, en que los tribunales o cortes constitucionales, son órganos autorizados para realizar el control de convencionalidad, esto ha sido entendido a través de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, el Tribunal Interamericano establece que el control de convencionalidad debe ser practicado en el marco de las competencias de los órganos, que lo realicen, la doctrina ha entendido que esto se refiere, a las competencias, del control de constitucionalidad, así entendido, el órgano por excelencia para realizar el control de convencionalidad, incluso en abstracto, es el tribunal constitucional. Y es que es tal la importancia que tiene el control de constitucionalidad en el control de convencionalidad, que sirve para legitimar los órganos encargados de este último.

En ese sentido el tribunal constitucional, ha venido aplicando el control de convencionalidad, como lo hemos aclarado, sin embargo también ha tenido desatinos en la aplicación de esta técnica de control normativa, nos ocuparemos únicamente de dar unos ejemplos del control de convencionalidad, ya que es el tema que nos ocupa,

³¹¹ En rigor de verdad se establece que los tribunales y cortes constitucionales pueden realizar el control de convencionalidad, por el hecho de que son los máximos intérpretes de la Constitución, y les abarca la razón general de “todos los órganos de los estados”, ya que este no forma parte del poder judicial. Además de que no existe en la constitución del Perú un reconocimiento explícito de facultades jurisdiccionales.

aunque luego hagamos un examen de algunos desaciertos de este colegiado, en torno a esta doctrina.

Un ejemplo emblemático, del control de convencionalidad ejercido, por el Tribunal Constitucional, es el Caso PROFA II, como consecuencia se declaró la inconstitucionalidad-inconvencionalidad del artículo 22 de la ley 26397.

En el expediente 0025_2005_AI_TC, se analiza la inconstitucionalidad, del artículo 22 de la ley 26397, ley orgánica del consejo nacional de la magistratura, en el citado se establecía que el aspirante al cargo de juez o fiscal debería acreditar la aprobación satisfactoria de los programas de formación académica, organizados e impartidos por la academia de la magistratura.

La demanda de inconstitucionalidad, se hallaba fundamentada, en la inconstitucionalidad por inconvencionalidad, ya que alegaban que el artículo 22 de la mencionada ley, afectaba el derecho al acceso a la función pública, en condiciones de igualdad, que se encuentra establecido en el artículo 25 inciso c del PIDCP y el artículo 23 inciso c de la CADH.

Como es de suponer el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad, de la norma ya que esta no sobrepaso el test de igualdad, además estableció que aunque el legislador detenta en el ejercicio de su función una libertad de configuración, que le habilita a usar cualquier medio para conseguir un objetivo propuesto, este ejercicio presenta como límites a los demás principios, y bienes constitucionales, pero sobre todo a los derechos fundamentales,³¹² además agrega el colegiado que, el legislador, en afán de asegurar la idoneidad de la personas, para el cargo público, tratado en el proceso en análisis, se pudieron haber tomado otras medidas y no la que establece una desigualdad, innecesaria.³¹³

Otro ejemplo quizá más representativo, es el caso del decreto legislativo 1097, en este decreto legislativo pretendía favorecerse, a los policías y militares que hubieran cometido delitos de lesa humanidad, promoviendo el

³¹²TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0025-2005-AI/TC. Del 25 de abril del 2006. Fundamento 97.

³¹³ Ibid. fundamento 98.

archivamiento de los procesos por excederse el plazo, hecho que contradice de plano el convenio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Además se cuestiona, la interpretación que hace este decreto, de la resolución legislativa 27998, según la interpretación hecha por el decreto legislativo 1097, la mencionada resolución, hace aplicable la imprescriptibilidad de los delitos lesa humanidad, a los cometidos desde el 2003, es decir la aplicación del convenio internacional, sería desde la fecha señalada.

En esta sentencia, el colegiado ejerce un auténtico control de convencionalidad, debido a que hace un ejercicio comparativo, entre una norma internacional, y la norma nacional, a consecuencia de esta última no se adecua a los cánones internacionales, el Tc declara la inconstitucionalidad, de determinadas disposiciones del decreto legislativo 1097³¹⁴, y además por conexidad también declara la inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la resolución legislativa, 27998³¹⁵.

Ahora bien, como se expresó en el inicio de este trabajo, y constituye también, uno de los postulados del mismo, es que el control de convencionalidad se ha venido realizando por el Tc en el Perú mucho antes de que la Corte IDH hiciera mención la figura mencionada, y lo que es más, no solo realiza este control, en el marco de la CADH, sino que lo hace también con el sistema universal de derechos humanos.

2.3.2. EL PODER JUDICIAL.

El poder judicial, es abarcado por la jurisprudencia de la corte IDH, bajo la denominación de “los jueces”, una cita genérica que la mayor parte de la doctrina ha entendido se refiere, a los jueces ordinarios y a los jueces constitucionales.

³¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente 00024_2010_AI_TC, del 21 de marzo del 2011, parte resolutive párrafo 1.

³¹⁵ *Ibid.* Párrafo 2.

Ahora bien, este es una de los problemas que ha generado la polémica aludida con anterioridad, ya que se discute si solo se refiere a los jueces que pueden realizar control de constitucionalidad, o a todos en general, como un mandato directo.³¹⁶

En ese acápite tomaremos la segunda opción, es decir los jueces en su generalidad pueden y deben realizar control de convencionalidad, para el caso peruano esto es indiscutible.

Ahora bien la Corte IDH, en sus pronunciamientos deja claro la intención de extender los alcances del control de convencionalidad no restringiendo solamente a los jueces, este poder, mucho menos solo a los jueces constitucionales, para Eduardo Ferrer Mac Gregor, la cláusula competencial, adherida a los pronunciamientos del tribunal interamericana, no debe ser entendido, en un sentido limitador, sino en una de graduación, es decir el control de convencionalidad debe ser graduado, en las intensidades antes explicadas.

Lo cierto es, y queda sentado, que adoptamos la posición de que el control puede aplicarlo cualquier juez, sea este constitucional, o no.

2.4. OTROS ORGANOS CONTEMPLADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.

Sin embargo no podemos olvidar otros pronunciamientos de la propia Corte IDH, que pueden dar el soporte a otros supuestos controladores de la convencionalidad, aun si esta es en su sentido más suave, al respecto podemos mencionar como el pilar principal, la que la obligación del estado de adecuar el derecho interno a los cánones internacionales³¹⁷, involucra no solo una cuestión formal, sino una cuestión que alcanza al aparato gubernamental.

³¹⁶ El mandato directo implicaría que no es necesaria una delegación o atribución de poder para controlar la convencionalidad de las leyes, sino que puede hacerlo un juez solo amparándose en el pedido directo que le hace la Corte IDH:

³¹⁷ Para el caso, y en concordancia con el capítulo que estamos abordando deben entenderse, los cánones internacionales, como la Convención Americana, y sus protocolos adicionales.

Añadimos a esto el hecho de que la propia Corte Interamericana, al establecer la obligación de los jueces nacionales, lo hace tomando al poder judicial como parte del Estado³¹⁸, la corte hace especial referencia a los jueces tomados estos como parte del aparato estatal, es decir establece la obligación del juez, en virtud de su correspondencia con el obligado principal, el estado, el mismo que se ha auto obligado, y en consecuencia debe asegurar el cumplimiento de dicha obligación, corresponde a esta doctrina el pronunciamiento de la corte en el caso “Fernández Ortega vs México”, en el la corte extendiendo la obligación a todos los órganos del estado, vinculado con la obligación internacional, y agrega, también sus jueces³¹⁹, dando una idea de que los jueces podría entenderse no estaban incluidos dentro de los órganos, que debieran realizar esta ejercicio.

En el mismo sentido Juan Carlos Hitters, opina que la obligación de realizar el control de convencionalidad, se extiende a los poderes ejecutivo y legislativo tanto en orden nacional, provincial, o municipal³²⁰, siempre desde luego, en el marco de sus respectivas competencias, el autor toma como punto de partida para hacer esta afirmación, el pronunciamiento de la corte en el caso “Vélez Loor vs Panamá”, en el la corte expresa que esta obligación se extiende a los órganos de cualesquiera de los poderes, cuyas autoridades ejerzan facultades jurisdiccionales, en sentido material para mejor comprensión conviene la transcripción completa de dicho pronunciamiento:

141. Aun cuando la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, en algunos Estados otros órganos o autoridades públicas también ejercen en ciertos casos funciones de carácter materialmente jurisdiccional y toman decisiones, como la del presente caso, que afectan derechos fundamentales, como es la libertad personal del señor Vélez Loor.

³¹⁸ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158. Párrafo 128.

³¹⁹ Corte IDH. Caso “Fernández Ortega vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. serie C 215. Párrafo 179.

³²⁰ HITTERS, Juan Carlos. “Control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Comparación”. Consulta 25 de junio de 2013. En <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>.

Sin embargo, la actuación de la administración en casos de este tipo tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada³²¹.

En el considerando siguiente establece:

142. Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden —civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda³²².

Juan Carlos Hitters refuerza su posición en la doctrina de la responsabilidad en la que incurre el Estado por causa del incumplimiento de sus órganos-de las obligaciones internacionales-. Si realizamos un ejercicio interpretativo y tomamos la premisa de que si el incumplimiento de una obligación por parte de cualquier

³²¹ Corte IDH. Caso “Vélez Lóor vs Panamá”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C 218. Párrafo. 141.

³²² Ídem. párrafo. 142.

funcionario del estado³²³, genera la responsabilidad internacional del estado, en consecuencia y a través de una interpretación contraria, podemos decir que todo funcionario del estado se encuentra vinculado con la obligación internacional, en este caso el control de convencionalidad. (al respecto ver ...)

Continuando con la evolución de la figura en análisis, en la jurisprudencia del tribunal interamericano, debemos mencionar ahora, como ha extendido esta facultad a otros órganos o eso ha entendido, en el considerando 225 de la sentencia en el caso “*Cabrera García y Montiel Flore Vs México*”, agrega a la doctrina del control de convencionalidad, la función de los órganos vinculados a la administración de justicia, en el establece que también los órganos mencionados, **en todos sus niveles**, se encuentran obligados a realizar el control de convencionalidad, además agrega que esta tarea debe hacerse de oficio, siempre dejando a salvo que ello es dentro del marco de sus respectivas competencias. En el mismo considerando se refuerza la idea de que todo órgano, del estado se encuentra obligado.

Siguiendo esa línea de pensamiento, podemos establecer, que la obligación de garantía de los derechos humanos, y la CADH, no se agota en el Estado mismo, como sujeto del derecho internacional público, sino que a partir de este, se convierte en una obligación difusa y desconcentrada, que atañe no solo al poder judicial, por su facultad jurisdiccional, si no a cualquier órgano, o funcionario público, que en el ejercicio de sus facultades deba aplicar normas con contenido de derechos humanos, o a los que desempeñan sus funciones en la esfera que de los derechos humanos. Esto a través de una interpretación *contrario sensu*, del artículo 1.1 de la CADH, y de la interpretación que de esta ha hecho la Corte Interamericana, ya que cuando establece que el estado es responsable internacionalmente, por la aplicación de normas contrarias a la convención, se deja entrever que parte de la obligación de los estados, que se irradia a sus órganos, y funcionarios, es que los estos no apliquen normas internas inconvencionales.

³²³ HITTERS, Juan Carlos. Supra nota, 320.

Lo que se ve constatado en el hecho de que exista responsabilidad internacional, por la aprobación y aplicación de leyes contrarias a la convención Americana.

De los últimos veredictos se desprende el carácter ampliatorio de la doctrina del control de convencionalidad extendiéndose esta obligación, como dice Néstor Sagüés -en opinión que comparto- a *todos los Organismos oficiales*. Lo que queda por definir es entonces si son solo los conectados a la administración de justicia o en su versión abstracta³²⁴.

2.4.1. ORGANOS CON JURISDICCION MATERIAL.

La corte además hace mención, a los órganos del estado que si bien no son parte del poder judicial, y en consecuencia no tiene facultades jurisdiccionales, desarrollan actividades similares, por lo que se puede decir que poseen facultades jurisdiccionales en sentido material.

Ahora bien cuando se menciona a las autoridades con jurisdicción en sentido material, hace específica referencia a las autoridades públicas, que toman decisiones, y con ellas pueden vulnerar derechos humanos, es decir modifican un estado que transgrede una garantía convencional.

El caso en mención- Vélez Loo- se circunscribe a las autoridades administrativas, esto sienta un precedente para el control de convencionalidad a cargo de estas autoridades, además de extender sus horizontes, a otras autoridades de otra naturaleza pero que pueden mediante decisiones emanadas de un proceso, vulnerar derechos humanos.

2.4.2. ORGANOS VINCULADOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

La jurisprudencia de la Corte IDH, es extensiva, puesto que el control de convencionalidad en el caso Cabrera García y Montiel Flores, (fundamento 225) hace referencia a todos los órganos del estado, incluidos sus jueces, como sujetos pasivos

³²⁴ En ese sentido se entiende a todos los organismos oficiales, cuyos actos impliquen la disposición sobre un derecho humano, reconocido por la CADH.

de la obligación internacional, además agrega ya precisando en el tema del control de convencionalidad, que este debe ser ejercido por los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, de oficio, desde luego en el marco de sus respectivas competencias, este es un pronunciamiento poco claro y que en definitiva tiene poca colaboración en el afianzamiento de la doctrina del control de convencionalidad.

En ese sentido, resulta a nuestro modo de ver ociosa la afirmación que hace la corte, puesto que atribuye una competencia, que finalmente se encuentra librada a las competencias internas de los órganos, sin embargo creemos que la los pronunciamientos de la Corte IDH, evidencian una clara intención de que el control de convencionalidad, en su sentido de inaplicación sea general y de todo órgano estatal, así lo ha expresado mediante una opinión consultiva³²⁵ en la cual declara que el estado es responsable por la expedición y aplicación de cualquiera de sus órganos, de una ley inconvencional.

Esto además se complementa con los múltiples pronunciamientos, que realiza la Corte Interamericana, estableciendo e carácter excepcional de la obligación de respeto de la convención americana, y el desgravamen que la misma establece con respecto de las normas internas.

Ciertamente la doctrina opina que el carácter desconcentrado y difuso, corresponde al control de convencionalidad menos intenso, o de interpretación conforme, esto puede representar un avance, para los estados que en los últimos años han implementado cláusulas constitucionales al respecto³²⁶, sin embargo para el caso peruano, eso solo significa un estancamiento, una suerte de estatismo frente a una realidad jurídica cada vez más difícil.

³²⁵Corte IDH, opinión consultiva OC-14/94. “responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 convención americana sobre derechos humanos)”

³²⁶ Como el caso mexicano, que apenas el 2011 incorporo mediante reforma constitucional, la cláusula de interpretación conforme a su constitución, obligando, a todo sus órganos, con la obligación de control de convencionalidad aunque este sea interpretativo.

En ese sentido resulta evidente que la interpretación conforme, constituye una obligación, para todo interprete constitucional, toda vez que se encuentra en la constitución política del Perú, desde el año de 1993, la misma que tiene inspiración en la constitución española.

Ahora bien si tomamos al control de convencionalidad, en su sentido menos intenso, como una obligación especial de los órganos vinculados a la administración de justicia, lo que resulta es completamente contrario al objeto de la Convención, ya que en el caso peruano se estaría retrocediendo, toda vez que la interpretación conforme a los tratados internacionales, constituye una obligación para todo órgano público³²⁷, esta como parte también del deber general de respetar y hacer respetar los derechos humanos inherente a todo órgano estatal.³²⁸

En el presente documento se postula la posición, de que el control de convencionalidad tiene tres niveles distintos, el primero y más suave es la interpretación conforme; el segundo un poco más severo es la inaplicación de las normas inconventional, acción que al parecer se encuentra reservada para los órganos judiciales, y finalmente la invalidación de las normas, competencia única y exclusiva del Tribunal Constitucional. Ahora bien la interpretación conforme es un deber desconcentrado, atañe a todos los órganos públicos, creemos que la inaplicación también tiene la misma naturaleza, desde luego en los casos en que sea necesaria. Por ejemplo cuando una autoridad pública advierte una inconventionalidad manifiesta, en una norma que pueda aplicar en un caso concreto, esta debe ser obviada, toda vez que de aplicarse se estaría vulnerando un derecho además de incurrir en responsabilidad internacional.

Así entendido el carácter vinculante de la leyes en el ámbito de los derechos humanos se ve irremediabilmente sesgado, ya que una autoridad pública se encontraría en un duplicidad de obligaciones, por un lado aplicar una norma interna, a la que se debe en tanto autoridad pública, o inaplicar la misma porque existe una

³²⁷ Esto, desde la Constitución de 1993, como consecuencia de la CDFT.

³²⁸ Mediante reiterada jurisprudencia el TC ha establecido, que el respeto de los derechos humanos debe guiar toda actuación estatal.

contravención con la Convención Americana. En definitiva estamos hablando de una situación con duplicidad de normas entre las cuales no se puede realizar una interpretación concurrente.

Por otro lado el deber de respeto de los derechos humanos, corresponde a todos los órganos del estado, este constituye la obligación que alcanza a todos los órganos estatales, es de carácter desconcentrado, en consecuencia cabe preguntar si la aplicación de una norma que sea contraria a la convención, e implica la violación de un derecho humano, constituya también una violación a ese deber general de respetar los derechos humanos, el Tribunal Constitucional así lo ha establecido.

2.4.2.1. Policía Nacional y control de convencionalidad.

En este acápite creo, que el control que puede ejercer la policía nacional, es únicamente sobre los actos que de esta institución, emana, es decir, el actuar policial debe estar orientado a respetar y hacer respetar a los derechos humanos.

Sobre el particular, la Corte IDH, se ha pronunciado, con bastedad en el caso “Cabrera García y Montiel flores” en el establece el importante rol de esta institución, en tanto representa una manifestación del poder público del estado, en continuo contacto con las personas.

En ese sentido establece la importancia de las acciones de los integrantes de esta institución, en tanto son colaboradores de la justicia, y todo los actos que de ellos emanen deben estar destinados a la efectiva protección de los derechos.

Ahora bien, este hecho de extender los límites del tema en estudio hasta esta esfera del poder público, se debe a la intención extensiva, de la Corte IDH, sin embargo debemos decir que al respecto solo podríamos hablar de una especie de educación y conocimiento de los derechos humanos, que guie el actuar del poder público manifestado mediante esta institución.

2.4.2.2. Ministerio Público y control de convencionalidad.

El Ministerio Público, es un órgano, ligado íntegramente a la administración de justicia, por lo tanto debe entenderse, que es en consecuencia un órgano hábil para aplicar el control de convencionalidad, recordemos que la Corte IDH, ha señalado que los órganos vinculados a la administración de justicia, deben en todos sus niveles, aplicar el control de convencionalidad, ahora bien debe entenderse que se habla del control en su manifestación, masa dura o represiva.

Esto debido a que el control requerido por la corte a estos órganos – los vinculados a la administración de justicia- debe hacerse de oficio, lo que implica un control con inaplicación de la norma inconvencional.

A diferencia del resto de órganos del estado que debe, en entender nuestro realizar un control suave, o interpretativo, el ministerio público debe realizarlo inaplicando normas, en su respectiva área competencial.

2.5. INTENSIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, UNA SOLUCION O UN ESCAPE AL DESAFÍO.

La Corte IDH, en su labor de interpretación de la convención Americana, ha ido en el paso de los años, y tras los casos resueltos bajo su jurisdicción, gestando progresivamente la figura en análisis. Debemos entender que el control de convencionalidad como mandato imperativo hacia el juez nacional, o los órganos internos, no implica que la Corte IDH, este construyendo un sistema en el interior de los estados, sino que esta impone la obligación, y deja al estado regular los procedimientos necesarios para garantizar el goce, y plena vigencia de los derechos humanos.

La Corte interamericana, mediante su jurisprudencia ha establecido que son los jueces los que por excelencia deben realizar este tipo de control, así en el caso, Almonacid Arellano, establece que los jueces nacionales están obligados a realizar un examen de convencionalidad entre las normas internas y la Convención americana,

pero cuando hace este pronunciamiento establece que los jueces están obligados como parte del estado, que es desde luego sujeto pasivo de la obligación internacional, entonces la obligación de garantizar el cumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales, es una obligación difusa y desconcentrada de todos los órganos de un estado.

En el mismo sentido Eduardo Ferre Mac Gregor, ha señalado, que, la sola aplicación de una ley inconvencional, engendra responsabilidad internacional de un estado, además agrega que esta regla aplica para cualquier órgano interno de un estado³²⁹, toda vez que la obligación internacional es de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, y al aplicar una norma inconvencional, se estaría reduciendo el campo de protección, tanto de la Convención Americana, como la que debe prestar un estado parte de la Convención. Doctrina tal vez extraída del párrafo 123, de la sentencia de la Corte Interamericana, en el caso “*Almonacid Arellano*”, el cual establece, que el cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios, de un estado, de una ley inconvencional 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.

2.5.1. ÓRGANO LEGITIMADO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EFECTO REPRESIVO.

En el caso *Almonacid Arellano*, se configurara el papel represivo del control de convencionalidad cuando establece, que ante una norma inconvencional, el juez doméstico, no aplica al caso concreto, y prefiere a la norma convencional³³⁰.

Néstor Sagüés, precisa sobre el tema, que los sujetos habilitados para realizar el control de convencionalidad e su manifestación más severa, son solo los jueces,

³²⁹ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional” Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

³³⁰ La preferencia de la norma convencional, sobre la norma doméstica, opuesta a la convención americana, no debe ser entendida como una disposición absoluta, sino que, este precepto aplica bajo la presunción de mejor protección de la Convención, en el caso que la norma, domestica preste mayor protección a la dignidad humana, será preferida esta, sobre la norma convencional, esto con base en el principio pro homine.

habilitados para realizar el control de constitucionalidad³³¹ en el estado del que es nacional, configurándose de esta manera modelos distintos, y variables dependiendo de los modelos de control de constitucionalidad, ya que en algunos Estados, es el común de los jueces los que están habilitados para realizar el control de constitucionalidad, mientras que en otros, esta competencia está reservada solo para cortes o tribunales constitucionales.

Siguiendo esa línea de ideas, los tribunales constitucionales, estarían facultados para realizar el control e su forma más severa, es decir declarando la inconveniencia de la norma domestica además de invalidarla. Pero aun con todo esto queda un vacío en cuanto al este tipo de control – severo- ya que como lo ha expresado Néstor Sagüés, esta forma de control de convencionalidad, también pasa por la inaplicación, de la norma por no tener un contenido adecuado a la norma convencional, existe entonces una diferencia, ya la inaplicación está guiada, por principios de protección al ser humano, y por principios de prevalencia de las normas superiores, esto es por ejemplo el principio de *primacia constitucional*, el principio *pro homine* que tiene un campo de acción bastante amplio, que se abordara más adelante.

El juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado y concurrente en el caso Cabrera García y Montiel Flores, expresa lo siguiente:

Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma convencional. Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” de la normatividad nacional

³³¹ SAGÜES, Néstor.” Obligaciones internacionales Y control de convencionalidad”, biblioteca jurídica virtual de UNAM, visita hecha el 20 de julio de 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

*con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta “interpretación conforme” se salva la “convencionalidad” de la norma interna. El grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad” se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional.*³³²

En ese sentido la aplicación del control de convencionalidad, en su manifestación mas severa dependerá, del modelo de control de constitucionalidad de los estados, sobre todo en los estados en los que se constitucionaliza el derecho internacional, toda vez que el control de convencionalidad en estos casos, se identifica con el control de constitucionalidad y debido también a que el control de convencionalidad, tiene también como fundamento, independientemente de la propia CADH, el fenómeno de adquisición del derecho internacional, y su constitucionalización³³³ como la advierte el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado en el caso García Carera y Montiel Flores.

³³² Corte IDH. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C 220. Voto razonado y concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor. Párrafo 15.

³³³Ídem. Párrafo 29: Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del “control de convencionalidad” en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización”³³³ del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

2.5.2. ORGANISMO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SU SENTIDO MÁS SUAVE- INTERPRETATIVO.

Por el contrario el grado de control difuso de convencionalidad disminuirá cuando hablamos de estados en los cuales, no el común de sus jueces pueden realizar el control de constitucionalidad, en este caso los jueces comunes, solo podrán ejercer el control de convencionalidad en su manifestación más suave esto es, realizando una interpretación conforme, en realidad la posición que se asume en este documento, es que la interpretación conforme, es el primer paso para el control de convencionalidad, al margen de que el órgano que la realice sea o no, competente para realizar el control de constitucionalidad, ya que solo en el caso de una confrontación, y contradicción insalvable, se debe inaplicar la norma doméstica, o en su caso invalidarla.

En este sentido se ha pronunciado Ferrer Mac Gregor, cuando establece que al no existir una posible interpretación convencional, esto es, interpretación conforme, cuando el juez carezca de facultades, para inaplicar la norma, debe limitarse a señalar la inconvencionalidad de la norma³³⁴, o en su caso plantear la duda de inconvencionalidad ante otro órgano, competente para realizar el control de convencionalidad en su sentido más severo, quien inaplicará la norma doméstica, o la invalidara, es en esta supuesto donde se crea un vacío, si el juez que atiende un caso advierte que la norma doméstica aplicable, es inconvencional, no puede sino, advertir su inconvencionalidad, pero aplicar esa norma, si seguimos esta idea estaríamos cayendo en una incongruencia fáctica-procesal, es decir aplicando una norma en el hecho, que en la vía del proceso, se advierte se inconvencionalidad y en consecuencia su invalidez³³⁵.

3. EL OPERADOR SEGÚN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Aunque el control de convencionalidad, sea una imposición directa de la Corte IDH, no podemos dejar de estudiarlo a través de la óptica del control de constitucionalidad, todo vez que aunque parezca dos temas completamente distintos,

³³⁴ Ídem. párrafo. 39.

³³⁵ No debemos olvidar que la corte ha llegado a declarar mediante sus sentencias que la norma doméstica opuesta a la convención americana, es invalida desde su inicio.

existe una relación muy fuerte entre ellos, esto se evidencia debido a que el control de convencionalidad, como esta propuesto, atribuye a otros órganos del estado, competencias que no le son propias de acuerdo a la constitución, causando en consecuencia, un conflicto.

Además debemos agregar que en un determinado momento el bloque de constitucionalidad, se identifica con el control de convencionalidad.

En ese sentido, el órgano que realice control de constitucionalidad o control de convencionalidad, siempre se verá obligado a inaplicar una ley, desconociendo en consecuencia el carácter vinculante de la misma.

En definitiva ambos controles significan la desvinculación de las normas, inconvenientes e inconstitucionales, para los poderes públicos, o jueces, según corresponda.

3.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ÓRGANO MÁXIMO DEL CONSTITUCIONALISMO Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

En el marco de la justicia constitucional, y el tribunal constitucional, como órgano máximo para custodiar la constitucionalidad, de las leyes y de los actos de los agentes públicos, es necesario detenernos a analizar la lo que este colegiado ha establecido en materia de derechos humanos, y control de convencionalidad.

En rigor de verdad sobre el particular del control de convencionalidad el tribunal Constitucional del Perú, no se ha pronunciado, sin embargo esta se puede obtener de los múltiples pronunciamientos, que ha hecho el colegiado, sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, y de los alcances que esta tiene, en la esfera jurídica interna.

En ese sentido Néstor Sagüés, haciendo una clasificación sobre los sistemas de aceptación, del control de convencionalidad, ubica al Perú, dentro de los sistemas de

aceptación tácita parcial³³⁶, dando a entender que el estado peruano, sin aceptar de manera expresa el control de convencionalidad, ha aceptado la jurisprudencia de la corte.

Lo mismo ha hecho con las obligaciones internacionales, recalcando el compromiso que se tiene con los derechos humanos y sus obligaciones que se encuentran destinadas a proteger los mismos.

Entre los pronunciamientos más resaltantes del Tribunal Constitucional, que contribuyen a dar por sentado el control de convencionalidad, podemos mencionar el caso **ALFREDO CRESPO BRAGAYRAC**, en el apenas en el año 2002 el TC haciendo referencia a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, establece que la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, son interpretados de acuerdo, a los instrumentos internacionales, por supuesto teniendo en cuenta las interpretaciones de los organismos creados para la defensa de los derechos humanos a saber esto expreso la el TC en el mencionado caso:

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

³³⁶ SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Pág. 392. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx.

La importancia de la jurisprudencia del TC radica en el hecho de que aun no aceptando de manera expresa el control de convencionalidad, lo está realizando aun antes de la primera mención de la figura, a través de la interpretación conforme, esta constituye la manifestación más suave de este control, pero a decir de Ferrer Mac Gregor el primer paso ya que lo que se requiere es primero armonizar los derechos internacional e interno, si esto no funciona debido a una inconventionalidad manifiesta, pues se tendrá que inaplicar el derecho interno, o invalidarlo, dependiendo de las competencias del órgano que realice este ejercicio. En el caso en análisis el colegiado realiza una interpretación conforme.

Los mismos criterios son repetidos en varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, por ejemplo en los expedientes: EXP. N° 218-02-HC/TC³³⁷; EXP. N. ° 26-2004-AI/TC, en este último tras una especificación del caso en concreto, repite literalmente el mismo fundamento del expediente anterior, en el caso **GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE**, agrega otros matices, en el señala:

8. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.

En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas

³³⁷ 2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.º 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

Este pronunciamiento representa un notable paso, hacia el control de convencionalidad, así en el total de la sentencia hace un desarrollo completo de las obligaciones internacionales, y el derecho peruano.

Hemos dicho que el TC había venido realizando un control de convencionalidad, de manera implícita, mediante la interpretación conforme, ahora mediante esta sentencia reconoce las obligaciones internacionales, en la cual se puede subsumir la obligación del control de convencionalidad, este como complemento de la obligación de adecuación del derecho interno, lo que debemos recalcar es que esta sentencia fue emitida en el año 2004, dos años antes de que la corte haga la primera mención exacta del control de convencionalidad³³⁸.

En ese sentido, si tomamos la obligación del control de convencionalidad, como una acción internacional, podemos afirmar que el TC ha reconocido el control de convencionalidad.

La jurisprudencia del TC continúa avanzando, en el año 2006, eliminaría los límites de los alcances de la jurisprudencia de la Corte IDH, a la participación en el litigio internacional, es decir la regla es que los estados se encuentran obligados a cumplir las decisiones, de la Corte IDH, en los procesos en los que hayan sido parte, sin embargo el tribunal Constitucional, en el caso Castillo Chirinos, se pronuncia sobre el particular, dando una cátedra magistral de los la cosa interpretada, constituida por la jurisprudencia de la corte IDH, bajo los siguientes términos:

12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en

³³⁸ Ya antes se había hecho notar esta figura mediante el voto concurrente y razonado, del juez García Ramírez, en la sentencia del caso Myrna Mac Chang en el año 2003, sin embargo su utilización como obligación complementaria de la obligación general de adecuación del derecho interno, fue en 2006

el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

13. *La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.*³³⁹

Estando a lo anteriormente establecido, se puede asumir, el control de convencionalidad de dos formas, una entendiéndola como una obligación internacional, es precisamente el alcance que le da la Corte interamericana, es decir la desarrolla como una obligación, que recae en el estado en general, y la otra como mecanismo para asegurar, el pleno ejercicio y goce de los derechos fundamentales, que es medianamente la posición asumida por el tribunal Constitucional.

³³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el exp-2730-2006-AA/TC. de 21 de julio de 2006, fundamento 13.

Bajo las dos concepciones el titular de esta obligación es en general el estado en su conjunto, así lo ha entendido el juez García Ramírez, cuando establece que en materia de responsabilidad lo es el estado, en su conjunto, y que no se puede tomar a este por partes, puesto que es uno solo y de naturaleza indisoluble.

En ese sentido la obligación es de todos los agentes públicos, es decir deben adecuar el derecho que apliquen, a los casos en concreto, al derecho internacional, es lo que ha querido establecer la corte IDH, lo que no se ha podido debido a que se puede advertir un exceso, además de intervenir en la esfera interna de los estados, así la corte ha dejado a los estados regular los mecanismos para hacer efectivo los derechos humanos, conservando desde luego y buscando el éxito de la doctrina del control de convencionalidad, el margen de prudencia, que a decir de Néstor Sagüés, es determinante para la aceptación de la doctrina en análisis.

Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina, y la ha desarrollado para lograr un alcance máximo de los derechos humanos, graduando la intensidad en que se puede aplicar el control de convencionalidad, para no desvirtuar las competencias de los órganos internos.

De otro lado esta, el control de convencionalidad, como mecanismo para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos, al respecto podemos citar los análisis que se han hecho de los artículos pertinentes en este estudio, en ellos se precisa que los órganos estatales tiene el deber actuar conforme a los derechos humanos.

Finalmente debemos establecer que el TC ha señalado que la CDFT de la Constitución, no constituye una guía de interpretación, sino que es una obligación de todo órgano o poder público³⁴⁰.

³⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp_2868_2004_AA_TC emitida el 24 de noviembre del 2004.

3.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ ORDINARIO.

Desde la primera mención del control de convencionalidad como obligación complementaria de los jueces nacionales, la Corte IDH, postula como sujetos pasivos de dicha obligación a los jueces nacionales como parte del estado³⁴¹, como lo desarrollamos líneas arriba por el papel que tienen las cortes y tribunales constitucionales, son los primeros llamados a realizar el control de convencionalidad, aunque esto no significa que sean los únicos que puedan realizar este control.

En rigor de verdad, el poder judicial es el órgano considerado por la Corte IDH, para realizar el control de convencionalidad, ya que en la amplitud de los pronunciamientos de la Corte interamericana, siempre tiene un tratamiento especial el poder judicial, al punto de que algunos autores se han llegado a plantear la pregunta de si la obligación impuesta por la jurisprudencia interamericana, alcanza a los tribunales constitucionales, pero nunca han dudado de la facultad atribuida al judicial.

Así la Corte incluso ha resaltado el poder correctivo³⁴², de los jueces comunes, ya que establece que es deber de estos observar la convencionalidad de las leyes, que emita el legislativo, y cuando este falla en su labor, labor de adecuar el derecho a los cánones internacionales, los jueces están llamados a armonizar el derecho interno con el internacional, llegando incluso a inaplicar las normas si fuera necesario.

Lo que ha traído a colación fuertes incertidumbres ha sido el marco que agrega el Tribunal Interamericano, en el caso “trabajadores cesados del congreso”, cuando establece que este control debe hacerse en el marco de las respectivas competencias, y respetando los presupuestos procesales que exija este tipo

³⁴¹ Corte IDH, caso: “Almonacid Arellano vs Chile” excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de setiembre del 2006. Serie C 154. Párrafo 124.

³⁴² *Ibíd.* Fundamento 123.

de acciones³⁴³, este pronunciamiento ha causado una suerte de adecuación de la doctrina del control de convencionalidad, a los sistemas internos de los estados.

La doctrina ha señalado, que el poder judicial, en general puede realizar el control de convencionalidad, aunque este varía según las competencias que tengan los jueces comunes en el ámbito interno, es decir hay niveles de intensidad del control de convencionalidad, los mismos que se adecuan al sistema de control de constitucionalidad de cada estado.

Así señala Ferrer Mac Gregor, el que afirma que los jueces autorizados, para realizar el control de constitucionalidad, también están autorizados para realizar el control de convencionalidad con mayor intensidad, es decir ejercer el control represivo o destructivo, que consiste en inaplicar el derecho interno, o invalidarlo-esta competencia es única del tribunal constitucional-.

En el caso peruano, con un sistema dual de control de convencionalidad en el cual, se tiene un órgano único creado específicamente para custodiar la constitucionalidad de las leyes, y asegurara la primacía constitucional, y paralelo a este todo el poder judicial, puede realizar el control de constitucionalidad, desde luego existe diferencias, entre los controles que pueden ejercer.³⁴⁴

En ese sentido en el estado peruano, en el marco de la constitución, todo juez puede realizar control de convencionalidad difuso con mayor intensidad, esto inaplicar el derecho interno por ser contradictorio al canon de convencionalidad - CADH y protocolos adicionales-, y por supuesto a los tratados de derechos humanos que ha ratificado el estado peruano.

³⁴³ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158. Párrafo 128.

³⁴⁴ En primer lugar, el TC realiza el control in abstracto, y sus sentencias tiene carácter general, desde luego también pueden resolver el vía de agravio constitucional, con efecto inter partes, sin embargo sus pronunciamientos sirven para enriquecer el acervo jurídico, y se puede objetivar, además el Tc es el único que puede invalidar las normas expulsándolas del ordenamiento jurídico. Por otro lado los jueces del poder judicial, solo pueden inaplicar una norma, por su inconvencionalidad, así la mencionada norma permanece vigente.

Así lo entendió el TC cuando declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del decreto legislativo 1097, y del artículo 1.1 de la resolución legislativa, 27998, al respecto se puede hablar de un mandato de control de convencionalidad, es decir el TC estableció que los jueces debían inaplicar la norma citada, ya que esta atentaba en contra del canon de constitucionalidad constituido por la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así lo expreso:

La declaración aludida contraviene el objeto y fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de guerra, toda vez que este instrumento establece, en su artículo I, que los crímenes señalados “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” (énfasis agregado). En consecuencia, la declaración del Estado peruano de limitar la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Convención (9 de noviembre de 2003), supone, además, interponer una reserva violatoria del derecho internacional que impide el esclarecimiento de crímenes de estas características que hayan tenido ocurrencia con fecha anterior al 9 de noviembre de 2003, deviniendo en un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes.³⁴⁵

Se puede evidenciar a través de este pronunciamiento la aceptación del control de convencionalidad aunque no sea esta de manera expresa, al nivel de que el TC haga generales los efectos de su jurisprudencia, con un contenido podría decirse obligacional³⁴⁶.

Sin embargo el control realizado por los jueces comunes es escaso, lo que es más la justicia común en el Perú no realiza de manera generalizado, el control

³⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sentencia recaída en el exp_00024_2010_AI_TC. Del 21 de marzo del 2011.

³⁴⁶ El TC en su jurisprudencia ha afirmado que las interpretaciones que haga la Corte IDH, de la Convención americana son vinculantes para todo poder público, aunque el estado no haya sido parte del litigio internacional.

de constitucionalidad, es como se entenderá, demasiado pedir a los jueces locales que custodien la convencionalidad de las leyes si no hace lo propio con la constitucionalidad de las mismas. Aunque escasa, pero existen casos en los que se ha realizado el control de convencionalidad.

3.2.1. EJEMPLO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA JUSTICIA ORDINARIA.

El caso más emblemático en el Perú es el caso de las leyes de auto amnistía, aunque este se produjera mucho antes de que se hablara del control de convencionalidad, a saber en el año 1995.

La jueza Antonia Saquicuray, tras las investigaciones que seguía a los integrantes del grupo colina, acusados de la matanza de barrios altos, emitió una resolución el 15 de junio del 2005, a través de esta la magistrada hizo un pronunciamiento de oficio por la entrada en vigencia de la ley 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares policías y civiles que hayan cometido violaciones a los derechos humanos entre los años, 1980 y 1995, dicha ley impedía que el proceso contra los integrantes del grupo colina siguiera su curso en sede ordinaria y es posible se emitiera con ese propósito.

Tomando como fundamento el artículo 138 de la constitución la jueza declaro inaplicable, la ley 26479, ya que esta atentaba en contra de la constitución, y los artículos 8 y 25 de la CADH en consecuencia la investigación siguió su curso, a saber el pronunciamiento decía lo siguiente:

Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada, es necesario advertir que ésta resulta incompatible con las normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados partes, – entre ellos el Perú–, tiene la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que contravienen (d) el artículo ciento treintinueve de

nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo inciso primero y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la Garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona; en consecuencia el dispositivo legal In Comendo al suprimir la protección jurídica de estos Derechos Fundamentales viola las normas Constitucionales ya glosadas.³⁴⁷

Es evidente entonces que ya en la década del noventa la jueza en mención realizó un examen de convencionalidad de la ley 26479, lo que llevó a hacer una comparación, con la CADH, y tras la contradicción manifiesta, declaro la inaplicabilidad en el caso concreto, de la referida ley, una vez más debemos acotar, que la constitución permite, es más obliga a los jueces a realizar un examen de convencionalidad, no de manera expresa, pero fácilmente deducible.

De esa manera se hace concreta la presunción que teníamos desde el inicio en el caso peruano, el control difuso de convencionalidad no es novedoso, y tiene su semilla en la propia constitución, a pesar de todo lo esgrimido, no podemos afirmar que sea efectivo, es aun escasa la práctica del control de constitucionalidad, y de convencionalidad máxime si tenemos en cuenta la cantidad de la jurisprudencia de los organismos internacionales, y de los nuevos criterios que estos fijan.³⁴⁸ Así entendido el control de convencionalidad, gestado por la jurisprudencia de la Corte IDH, a traído nuevos planteamientos de la teoría del control normativo, es tal vez ese, en la era de los derechos humanos, el aporte mas significativo.

³⁴⁷ Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Exp. N° 93-95, Lima, 16 de junio de 1995.

³⁴⁸ Esta es según Néstor Sagüés una de las dificultades operativas que presenta el control de convencionalidad, la amplitud de la jurisprudencia de la Corte IDH, hace que la revisión de la misma sea una labor titánica, un juez debería revisar miles de páginas para encontrar un criterio que pueda usar en el ejercicio del control de convencionalidad.

3.3. ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL NORMATIVO.

La cuestión que nos ocupa ahora es definir si le corresponde a los órganos administrativos realizar el control de convencionalidad. Sobre la teoría general del control de convencionalidad, podemos establecer, que se puede realizar el control de convencionalidad, al menos son las posiciones que han asumido Juan Carlos Hittes, cuando señala que el control de convencionalidad de naturaleza desconcentrada, debe ser aplicado por el ejecutivo en sus tres niveles, nacional regional, y municipal similar criterio tiene Allan Brewer el mismo que considera que la esfera administrativa es un campo fértil para desarrollar el control de convencionalidad.³⁴⁹

Consideramos que es posible que los órganos administrativos realicen un control de convencionalidad, toda vez que, de este tipo de autoridades también puede emanar, actos lesivos de los derechos humanos, y la regla general es el respeto de los derechos humanos.

En ese sentido si bien la jurisdicción administrativa es una jurisdicción interna. Puesto que se establece en una relación administración-administrado, es innegable que los derechos humanos trascienden toda barrera y están presentes en toda relación humana. Así la administración pública puede mediante un acto, comprometer la esfera privada de las personas vulnerando sus derechos.

Así lo entendió el procurador del gobierno regional de Ayacucho, el mismo que sustentaba la declaración de inaplicabilidad, del decreto supremo 002- 2010-ED, en que se estaba desempeñando, una actividad administrativa, lo que le facultaba, para realizar el control difuso activo administrativo.

³⁴⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R. “EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL MEDIANTE UN RECURSO SENCILLO, RÁPIDO Y EFECTIVO DE AMPARO DE LOS DERECHOS HUMANOS” pág. 56.

3.3.1. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL CONSTITUCIONALIDAD.

La cuestión de si los órganos administrativos pueden o no realizar el control de convencionalidad, ha generado un gran debate, de un lado están los que creen que la labor del control de constitucionalidad, es única y exclusiva, del poder judicial, y que no debe ser delegado a otros órganos, y de otro lado, los que creen que los órganos administrativos pueden realizar el control de constitucionalidad, el debate se centra entonces en la posibilidad de extender este poder, a los órganos administrativos.

El artículo 138 de la Constitución, hace una clara y directa referencia al termino proceso, en él se debería evaluar la posibilidad de incluir al proceso administrativo, en efecto existen estudios destinados a establecer si este concepto- proceso- alcanza también al administrativo, y en consecuencia a la posibilidad de que los tribunales administrativos ejercieran también el control difuso de constitucionalidad.³⁵⁰

A decir de Isabel Chirí, la tesis que niega el control de constitucionalidad, en sede administrativa, se sustentan sobre la base de que las facultades de los entes administrativos, deben estar previstas de manera expresa, ya que la administración pública requiere de habilitaciones expresas³⁵¹, para su actuación, mientras los que sustentan que el control de constitucionalidad es posible en sede administrativa, se basan en el principio de primacía constitucional, o de otro modo en el de jerarquía, sostienen que la Constitución es la norma suprema que se encuentra en la cúspide de la pirámide de las fuentes del derecho, y que incluso la administración pública debe aplicarla, aunque para esto se debe inaplicar una norma legal.

El Tribunal Constitucional en un inicio considero que era realmente imposible que el control difuso de constitucionalidad puede ser aplicado por órganos o tribunales de naturaleza administrativa, ya que consideraba que el artículo 138 de la constitución política del Perú, atribuía la facultad de realizar control de constitucionalidad, al poder judicial, al jurado nacional de elecciones y al propio

³⁵⁰ Material de enseñanza de

³⁵¹ La administración pública se rige por el principio de legalidad lo que le obliga a observar siempre a la ley, como una especie de ritualismo, en el que solo puede hacer lo que la ley le permite.

tribunal constitucional, en sus respectivas competencias, pero de ninguna manera a los órganos administrativos, criterio que fue aplicado he una gran cantidad de casos para resolver sobre las declaratorias de inaplicabilidad de municipalidades, o gobiernos regionales.

Asimismo establece que es inobjetable que todo poder público u organismo descentralizado tiene el poder para interpretar la constitución, y por ende para aplicarlos en los casos en que corresponda, sin embargo no pueden arrogarse competencias que la constitución no les ha concedido de con exactitud.³⁵²

De hecho el control de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos, paso por tres etapas, no muy marcadas, que pueden definirse como: negación del control difuso en sede administrativa, una segunda fase que es la aceptación del control difuso de manera general, sin precisiones, y una tercera fase la que se caracteriza porque estableció los órganos habilitados, y los casos en los que procede el control difuso administrativo.

3.3.1.1. Primera etapa, la negación del control difuso administrativo.

Constituida por la etapa en que se negaría por parte del Tribunal Constitucional, que podía existir siquiera la posibilidad de que un órgano administrativo pudiera realizar control de constitucionalidad, ese que el razonamiento del colegiado, esto debido a que según el artículo 138 de la constitución, reserva esta competencia únicamente, al poder judicial, al jurado nacional de elecciones, y al propio tribunal constitucional, desde luego en la materias que le corresponden, y no es una prerrogativa de los órganos administrativos.³⁵³

En similar sentido se pronuncia en el expediente, 0499-2002-AA/TC, en este resalta la calidad de órgano jurisdiccional, como un atributo indispensable para, realizar

³⁵² Según esta posición la constitución solo la atribuye esta facultad, al poder judicial, y otros órganos constitucionales, sin embargo el artículo 51 de la Constitución, establece la prevalencia de la Constitución sobre otras normas, esta de manera general, en consecuencia cualquier órgano puede velar por la primacía constitucional.

³⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente 0007-2001.AI/TC, del 9 de enero del 2003, fundamento 3. El mismo criterio se ratificara, en casos posteriores, incluyendo luego, las excepciones que configuran el control difuso administrativo.

control de constitucionalidad, ya que considera que el tribunal constitucional no se encuentra facultado, para inaplicar una norma, toda vez que no posee rango de órgano jurisdiccional.³⁵⁴

Este razonamiento nos llevaría a afirmar que todo órgano estatal, con jurisdicción en sentido material, puede realizar control de constitucionalidad, ya que este además es el pronunciamiento de la Corte IDH, cuando afirma que todos los órganos del estado con función jurisdiccional en sentido material, deben realizar el control de convencionalidad.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada ininidad de veces, para establecer que los órganos autorizados para realizar el control de constitucionalidad, no son solo el poder judicial, y el JNE, TC, sin embargo se ha adecuado a las excepciones que se aceptaran, en la tercera fase.

3.3.1.2. Segunda etapa, admisión genérica del control difuso administrativo.

En esta etapa se acepta de manera genérica el poder de los órganos administrativos, para realizar el control de constitucionalidad, se admite la posibilidad de que los órganos administrativos puedan dejar de aplicar una ley u otra norma que sea manifiestamente inconstitucional.

Como es evidente esta facultad se gestó jurisprudencialmente, el tribunal constitucional, en esta etapa, acepta la relevancia de todo operador jurídico, con especial énfasis sobre la administración pública, y toma como base para aceptar el control constitucional en sede administrativa, dos supuestos, sobre los que gira su planteamiento, e primer lugar la obligación de todo órgano público de respetar y hacer respetar la Constitución,³⁵⁵ y la supremacía constitucional la misma que debe ser custodiada, por todo órgano público. El TC se expresa en los siguientes términos:

156. (...) En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas

³⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0499-2002-AA/TC, del 16 de octubre del 2002, fundamento 3.

³⁵⁵ Esto como contenido del artículo 38 de la Constitución Política del Perú.

expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.³⁵⁶

Es importante recalcar que el TC califica de tesis errónea a la vinculación de la administración pública, a la ley, sin poder cuestionar la constitucionalidad de la misma, además califica de supuesta, a la obligatoriedad, que posee una ley inconstitucional, como si aludiera a una obligación fingida, o no válida, causada por la infracción de la ley a la Constitución.

El TC le pone punto final al asunto, tras afirmar, que no es solo una facultad sino un deber, de la administración pública, desconocer la “supuesta obligatoriedad”, de las leyes inconstitucionales.

Así los pronunciamientos de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, parecen ser una adecuación de lo propuesto por el TC, una adecuación a la convención americana, y bajo el presupuesto de la primacía de la convención, sobre normas internas, de los estados.

Ahora bien, como podemos notar el control difuso administrativo, que ha creado el tribunal constitucional, no precisa mayores alcances, es decir en un control propuesto de manera general, sin presupuestos para su validez. Los mismos que se dibujaran en la siguiente etapa.

³⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0050-2004-AI/TC del 3 de junio del 2005, fundamento 156.

3.3.1.3. Tercera etapa, precisión de los requisitos de procedencia, y de los órganos encargados de realizar el control difuso administrativo.

En esta finalmente se termina de moldear el control difuso administrativo, precisando los requisitos para la procedencia de este control, y los órganos facultados para realizarlo, mediante un precedente vinculante, se trata del expediente 3741-2004-AA/TC, en este se establece que los órganos facultados para realizar el control difuso administrativo el tribunal constitucional, lo expresa de esta manera:

50. (...) A. (...) 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.³⁵⁷

Precisiones que en adelante son los presupuestos básicos para establecer el control de constitucionalidad en sede administrativa.

Posteriormente en el expediente, 0014-2009-AI/TC, se amplían los supuestos en que procede el control difuso administrativo, además de realizar un pronunciamiento, que en nuestra particular forma de ver representa un obstáculo, a lo que consideramos un gran avance en la teoría del control constitucional, esto es el control administrativo, en efecto, el TC establece que el control constitucional, que ejerzan, los tribunales y órganos colegiados, debe ser a pedido de parte, eliminando, la obligación de aplicar el control “ya que como fue originalmente propuesto, era como una obligación ineludible, ahora se condiciona al pedido de parte, es decir con inicialmente la regla general se podía entender, como una aplicación de oficio, ahora la regla general, es

³⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente: 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre del 2005. Fundamento 50.

aplicación a pedido de parte, con la excepción que constituye la aplicación del control de oficio. En definitiva, esto es lo que establece el TC:

24. Se ha fijado entonces una serie de condiciones a fin de garantizar el uso de esta prerrogativa, precisándose que el control difuso administrativo procederá cuando: i) se lleve a cabo por tribunales de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, ii) la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, iii) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y; iv) 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. En aquellos casos en los que advierta que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, puede establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el 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, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.³⁵⁸

Analizamos el contenido de este pronunciamiento por separado.

³⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente: 0014-2009-AI/TC. Del 25 de agosto del 2010, fundamento 24.

- i) se lleve a cabo por tribunales de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

Este fundamento ha generado varias críticas, entre las que estiman que es un exceso del tribunal constitucional, atribuir competencia de control constitucional, al poder ejecutivo, esto es precisamente por el hecho de que necesariamente para realizar el control difuso administrativo, el órgano colegiado, o tribunal administrativo debe ser de carácter nacional, y adscrito al ejecutivo, consideramos que esto constituye un desacierto, toda vez que se va restringiendo una facultad que en pro de los derechos humanos debe ser más desconcentrada.

- ii) la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Presupuesto fundamental para realizar el control de constitucionalidad, administrativo, la contradicción absoluta imposible de ser resuelta mediante una interpretación conforme a la constitución, es la que habilita al órgano administrativo colegiado o tribunal, para inaplicar una norma, ya que esta constituye una obligación, de los órganos del estado, dada la naturaleza interpretadora que estos detentan en sus funciones.

En ese sentido solo se pasará a la inaplicación de una ley, cuando esta no sea posible de ser interpretada de conformidad con la constitución, es decir cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta.

- iii) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.

Se refiere esto a la pertinencia de la norma objeto del control, bajo la premisa de la inaplicación en el caso concreto, se entiende que esta norma, debe estar directamente ligada a la controversia planteada, esto es la norma controlada es aplicable al caso en concreto, pero su inconstitucionalidad lo impide.

Este supuesto es primordial para evitar que los tribunales administrativos se excedan en su nueva competencia, es decir realicen el control de

constitucionalidad sobre leyes que no son aplicables a los casos que deban dilucidarse.

- iv) 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.

En esta parte de la sentencia del TC se manifiesta el principio Pro homine, ya que se entiende que la preferencia de la norma, constitucional, sobre la norma legal, se concreta con la finalidad de proteger mejor los derechos fundamentales de los administrados.

Entendemos con esto que la razón para extender el control difuso a sede administrativa, ha sido, en atención al principio pro homine.

Finalmente de todo lo expuesto, advertimos la tendencia a desconcentrar el control de constitucionalidad, toda vez que existen órganos que sin ser los autorizados por la Constitución, debe entenderse, que tampoco es que se encuentren limitados, de manera definitiva, para inaplicar una norma interna,

Debemos entender entonces, que si bien el TC ha señalado, que los órganos administrativos señalados, son o que tienen el deber de inaplicar una ley, cuando esta se pueda encuadrar en los requisitos para que su control proceda; no ha señalado que ningún otro órgano del estado se encuentre imposibilitado, para inaplicar una norma manifiestamente contraria a la Constitución.

3.3.2. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La corte IDH, ha configurado un control de convencionalidad extenso, pues ha propuesto en su versión más restrictiva,³⁵⁹ a todos los órganos que ejerzan funciones

³⁵⁹ Es decir el control de convencionalidad aplicado de oficio, es aún más extensivo que el control de constitucionalidad, ya que abarca una gran cantidad de órganos que se pueden considerar como

jurisdiccionales en sentido material, y en una versión mucho más amplia,³⁶⁰ ha comprometido a todos los órganos vinculados a la administración de justicia, eso sin mencionar que se ha referido a todos los órganos de un estado, como los obligados, con la CADH, es decir todos deben velar porque los efectos del pacto, no sean mermados, por la “aplicación de normas de carácter interno”, que sean contraria al pacto.

Pues bien los órganos administrativos en primer lugar, son órganos del estado, en consecuencia se encuentran vinculados mediante la CADH, y están obligados a velar, por su integro cumplimiento, y también de su objeto y fin.

El control de convencionalidad, como se planteó en el inicio de este documento, es planteado de manera general, a partir de la obligación de todos los órganos, de velar por el cumplimiento de la CADH, esto es en nuestro caso estimamos, por el hecho de la constitucionalización, del derecho internacional, siendo así de todos los órganos se encuentran obligados con la convención, aunque esta vinculación sea de manera indirecta, a través de la constitución.

En la doctrina del control de convencionalidad, se hace mención, a los órganos con funciones jurisdiccionales, en sentido material, entonces podemos abarcar a los órganos administrativos colegiados, y tribunales, dentro de este tipo de órganos del estado.

A todo esto se une el hecho del cambio del sistema, que menciona Alan Weber este afirma, que la jurisprudencia de la Corte IDH, y la doctrina del control de convencionalidad, ha causado un cambio tácito, del sistema dispositivo, al sistema inquisitivo, en el cual todo juez debe realizar el control de convencionalidad, incluso el que no esté facultado para realizar el control de constitucionalidad, a riesgo de hacer incurrir al estado en responsabilidad internacional.³⁶¹

órganos con jurisdicción en sentido material, u órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, se entiende que es un control represivo.

³⁶⁰ Aquí se abarca a todo operador jurídico, que ejerza funciones a nombre del estado, ya que se enfoca desde su perspectiva de intérprete- aplicador del derecho, el control que estos órganos realizan es un control interpretativo.

³⁶¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. Op cit. pág. 5.

En ese sentido continua afirmando que el hecho de que la corte IDH estableciera, que el control de convencionalidad, deba hacerse en el marco de las respectivas competencias y teniendo en cuenta la regulaciones procesales para su procedencia, solo significa que este debe hacerse en las materias que les corresponda³⁶², esto es una regla similar a la establecida en el artículo 138 de la Constitución, con respecto al JNE, Poder Judicial, y Tribunal Constitucional. Así entendido los órganos administrativos deben inaplicar, las leyes que sean inconvenional, pero que este dentro de sus materia.

Ahora bien si seguimos esa directriz, podemos llegar a firmar que el sistema inquisitivo se entiende a todo órgano estatal, ya que la corte interamericana, establece que el estado incurre en responsabilidad internacional, por la expedición y aplicación de leyes contrarias a la CADH, por cualquiera de sus órganos.

Bajo ese razonamiento, de que cualquier órgano estatal debe inaplicar una ley inconvenional, a riesgo de hacer incurrir al estado en responsabilidad internacional, es más valido aun afirmar que los órganos administrativos, tienen la facultad de inaplicar una norma inconvenional, toda vez que estos son la manifestación del poder, y que finalmente ejercen jurisdicción en sentido material.

Ahora bi

Que se trate de un órgano colegiado o tribunal administrativo, de carácter nacional, adscrito al poder ejecutivo.

Que la norma objeto del control de convencionalidad, sea aplicable a los casos en concreto, y necesaria para resolver la controversia.

Que sea imposible una interpretación conforme a la convención ya que si esta cabe entonces lo propio sería interpretar conforme a la convención, y evitar una inaplicación de la ley, que si bien no causa la eliminación, de una norma del ordenamiento jurídico, sienta un precedente negativo para la estabilidad jurídica.

3.4. OTROS ORGANOS CON JURISDICCION, RECONOCIDOS CONSTITUCIONALMENTE.

El control de constitucionalidad, y el tratamiento que le ha dado el Tribunal constitucional, resulta extensivo, a otros órganos, ya que cuando el TC niega el control de constitucionalidad por parte de los órganos administrativos, establece que esta es una facultad única de los órganos que detentan funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, la Constitución Política, establece tres clases de jurisdicción, la jurisdicción ordinaria, esta es la del poder judicial, la jurisdicción extraordinaria, que comprende la jurisdicción militar y la jurisdicción arbitral, y las jurisdicciones especiales, estas son la constitucional, y la que ejercen las comunidades campesinas.

Esto además se condice con los pronunciamientos de la Corte IDH, que reclama también a los órganos con jurisdicción en sentido material. En ese sentido las jurisdicciones anteriormente enumeradas, pueden realizar control de convencionalidad difuso.

3.4.1. *La jurisdicción militar.*

Esta jurisdicción se encuentra establecida por la propia Constitución, la misma que en su artículo 139, inciso 1 la establece, bajo la denominación de jurisdicción independiente.

Esto no nos debe hacer entender que la jurisdicción militar, por ser extraordinaria, no tiene las mismas garantías de la jurisdicción ordinaria, sino que, por el contrario, bajo la idea de la unidad de la jurisdicción, la jurisdicción militar tiene las mismas garantías y deberes de la jurisdicción común.

Así mismo lo ha entendido el Tribunal constitucional, el mismo que se pronuncia sobre la unidad de la función jurisdiccional, en los siguientes términos:

10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.³⁶³

Además agrega haciendo especial referencia a la jurisdicción militar:

³⁶³ Tribunal constitucional, sentencia recaída en el exp-0004-2006-AI. Del 29 de marzo del 2006, fundamento 10.

11. *No se encuentra en discusión el hecho de que la jurisdicción especializada en lo militar tenga la peculiaridad de juzgar los delitos de la función militar. Sin embargo, al formar parte de un sistema judicial unitario, debe constituirse en cuanto tal con las mismas garantías procesales que posee la jurisdicción ordinaria.*³⁶⁴
(Resaltado es nuestro)

En consecuencia de vemos entender que la jurisdicción militar, también es titular de la facultad de inaplicar una norma, que resulta inconstitucional, cuando no sea posible realizar una interpretación conforme.

En definitiva queda claro entonces que la jurisdicción militar también se encuentra habilita, para realizar el control de constitucionalidad, máxime si tenemos en cuenta que el propio tribunal constitucional, ha establecido que es deber de todo órgano del estado respetar cumplir y defender, la constitución, en virtud del artículo 38 de la constitución, en concurrencia con el artículo 51 de la constitución.

3.4.2. La jurisdicción arbitral.

A lado de la jurisdicción militar se encuentra la jurisdicción arbitral, reconocida en el mismo artículo e inciso de la Constitución Política³⁶⁵, al tratarse de una jurisdicción especial, creado por la Constitución, es de aplicación, también el mismo criterio que atañe a la jurisdicción militar, esto es el principio de unidad de la función jurisdiccional.

La jurisdicción arbitral, no busca desplazar o reemplazar al poder judicial, sino que es una jurisdicción, alternativa que complementa la judicial, que se pone a disposición de la sociedad, para la resolución de controversias, básicamente de contenido patrimonial, disponible.

³⁶⁴ *Ibid.*, fundamento 11.

³⁶⁵ **Artículo 139°** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Sin embargo no debemos menospreciar esta clase de justicia, toda vez que tiene el mismo valor y peso de la jurisdicción común.

El Tc ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, reconociendo como quedo establecido en la parte pertinente a la jurisdicción militar, que la función jurisdiccional se guía por el “principio de unidad de la función jurisdiccional”, en consecuencia la jurisdicción arbitral, al igual que la militar, tiene las mismas prerrogativas, y garantías.

En ese sentido la jurisdicción arbitral también se encuentra habilitada para realizar el control de constitucional, así mismo lo ha entendió en tribunal constitucional, quien ha establecido de manera clara y precisa, que la jurisdicción arbitral puede realizar el control de constitucionalidad, el colegiado expresó:

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; “por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.° (...), más aún si ella misma (artículo 38.°) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9)³⁶⁶.

³⁶⁶ Tribunal constitucional, sentencia recaída en el EXP. N.° 00142-2011-PA/TC del 21 de setiembre del 2011, fundamento 24.

Así deja sentado el criterio de que los árbitros también pueden inaplicar una ley, que resulte inconstitucional, además el colegiado agrega la labor de custodia de los árbitros, con respecto a la constitución, en ese sentido expresa:

25. Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, “el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.³⁶⁷

Ahora bien el poder que se reconoce a los árbitros, no debe ser entendido como absoluto, o librado de manera totalmente discrecional a los agentes mencionados, sino que es modulada, en ese sentido debe regirse por las disposiciones, del artículo IV del título preliminar, del código procesal constitucional, y además guiarse por la jurisprudencia vinculante del TC sobre el control difuso.³⁶⁸

3.4.3. La jurisdicción campesina.

Sobre esta jurisdicción se pronuncia el artículo 149³⁶⁹ de la constitución, ella establece la jurisdicción campesina como una jurisdicción especial, la

³⁶⁷ *Ibíd.* fundamento 25.

³⁶⁸ *Ibíd.*, fundamento 26

³⁶⁹ **Artículo 149°.** Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de

eventual jurisdicción, de las comunidades campesinas y nativas, es en suma facultativa.

Debemos advertir, que la constitución autoriza la inaplicación de las leyes, en la jurisdicción campesina, siempre que se respete los derechos, lo particular de esta jurisdicción es que se puede dejar de lado a las leyes, a favor del derecho consuetudinario.

Ahora bien podemos acaso afirmar, que si esta jurisdicción puede, inaplicar la normas legales en favor del consuetudo, con mayor razón puede hacer lo mismo a favor de la constitución, o en su caso la convención americana. Máxime si el límite para esta jurisdicción es el respeto de los derechos, el mismo fin que busca, el control de convencionalidad. Y que se acentúa en el control de constitucionalidad, pero de la parte de los derechos fundamentales.

3.4.4. La Jurisdicción Electoral.

Esta jurisdicción se encuentra establecida en el artículo 181³⁷⁰ de la constitución, reconociendo que sus resoluciones se tienen carácter definitivo, y no son revisables en ninguna instancia.³⁷¹

Sobre la facultad del jurado nacional de elecciones, para inaplicar una ley, inconstitucional, el tribunal constitucional se ha manifestado en demasía, expresando que se trata de una facultad, tal vez no haciendo específica referencia a la facultad que tiene este organismo constitucional, sino expresando que es uno de los organismos que si pueden realizar el control

conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

³⁷⁰ **Artículo 181°.** El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

³⁷¹ En un inicio se postula la posición de que ni el tribunal Constitucional podía revisar las resoluciones del jurado nacional de elecciones, sin embargo luego se aceptó que estas pueden ser revisadas por el TC.

de convencionalidad. Así por ejemplo en el caso de la municipalidad distrital de san juan de Lurigancho, establece:

3. (...) pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, **el Jurado Nacional de Elecciones** o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. (...) ³⁷² **(Subrayado agregado)**

Queda claro entonces que el Jurado nacional de elecciones puede inaplicar las leyes, que resulten inconstitucionales, desde luego siempre en el marco de sus respectivas competencias.

A la misma conclusión podemos llegar a través de una interpretación conjunta, del artículo 181, antes mencionado y el artículo 51³⁷³ de la constitución, de este último se desprende que el control difuso de constitucionalidad, no es exclusivo del poder judicial, hecho que se complementa con el antes mencionado artículo 181.

3.4.5. Control de Convencionalidad a cargo de las jurisdicciones extraordinaria y especial.

El control de convencionalidad, a cargo de estos órganos, se configura, por su capacidad para realizar el control de constitucionalidad, siendo que se les ha reconocido funciones jurisdiccionales, también se les otorga las mismas garantías que tiene la jurisdicción ordinaria.

El tribunal constitucional, se ha encargado de resolver cualquier duda que podría existir en torno a si un árbitro puede o no realizar el control de

³⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia recaída en el expediente 007-2001-AI/TC, del 9 de enero del 2003, fundamento 3.

³⁷³ **Artículo 51°.** La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

constitucionalidad, reconociendo que al tener jurisdicción y merced al principio de unidad de la función jurisdiccional, también pueden realizar control de constitucionalidad.

Es evidente entonces que son capaces para realizar el control de convencionalidad, es decir inaplicar una ley cuando esta sea contraria a la Convención Americana.

El problema surge cuando hablamos, del control de convencionalidad a cargo de las comunidades campesinas, si bien en este documento se ha adoptado la posición que pueden realizar control de constitucionalidad, no queda claro si puede o no realizar control de convencionalidad, ya que las comunidades campesinas, no pueden ser tomadas como órganos del estado en consecuencia no se puede aplicar la obligación emanada de la corte.

Sin embargo si tomamos, el control de constitucionalidad como control de convencionalidad indirecto, entonces si puede, inaplicar una ley inconvencional, puesto que es también inconstitucional.

La jurisdicción que ostenta, el TC es especial, sin embargo se ha dado un trato distinto toda vez que está revestido por un poder especial, el de invalidar la norma expulsarla del ordenamiento jurídico, esta es la máxima expresión del legislativo, en sentido negativo.

3.5. EL CASO DE LOS JUECES DE PAZ.

La ley orgánica del poder judicial establece como órgano jurisdiccional, también a los jueces de paz³⁷⁴, en consecuencia es posible en el marco del control de constitucionalidad, y del control de convencionalidad, en el

³⁷⁴ **Artículo 26.-** Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

1. La Corte Suprema de Justicia de la República;
2. Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
3. Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
5. **Los Juzgados de Paz.**

primer caso, el TC ha establecido, que el control de constitucionalidad se encuentra reservado a los órganos jurisdiccionales, pues bien la ley orgánica del poder judicial establece que los jueces de paz también son órganos jurisdiccionales, esto se refuerza con el hecho de que pueden sentenciar en algunos casos.

En cuanto al control de convencionalidad, la Corte IDH reclama a todos los órganos con jurisdicción en sentido material, realizar el control de convencionalidad, así el juez de paz puede realizar el control mencionado, se trata de una prerrogativa, a su favor.

Ciertamente es difícil que un juez de paz, tenga la preparación para aplicar esta técnica de control normativo, pero esto no es óbice para que sean titulares de esta facultad.

4. EL OPERADOR JURÍDICO EN EL CONTROL NORMATIVO, NUEVO DESAFÍO.

Tras el análisis de ambos controles y un comparación de los operadores jurídicos que pueden realizar el control de convencionalidad, según el enfoque de la Corte IDH, y según el enfoque de la Constitución, parece que el modelo de control de constitucionalidad se adecua en gran medida a lo reclamado por la Corte interamericana.

Sin embargo no queda todavía un margen por resolver, este que el Tribunal interamericana reclama que el control de convencionalidad sea totalmente desconcentrado, esto se sustenta en la conjugación de dos presupuestos, el primero es que la Corte IDH obliga a todos los órganos del estado, a velar por la eficacia del pacto de san José y a que esta no se vea mermada, por la aplicación del derecho interno; en segundo lugar tenemos el hecho de que la responsabilidad internacional de un estado puede generarse, por la aplicación de cualquiera de sus órganos, esto es, con independencia de si tiene o no facultades jurisdiccionales.

Aun si deseamos esquivar el problema proponiendo, que el control de convencionalidad, es completamente distinto al control de constitucionalidad, y por lo tanto un determinado órgano del estado, que puede no estar facultado para realizar el control de constitucionalidad, puede estarlo si para el control de convencionalidad, provocando un conflicto catastrófico.

Néstor Sagüés afirma que son dos cosas distintas, sin embargo tienen un punto de convergencia, que hace necesario un examen y adecuación de ambos controles normativos, este es el desconocimiento de la vinculatoriedad de las leyes inconventionales o inconstitucionales.³⁷⁵

Lo anterior ocasiona que por el primer o segundo motivo, los órganos públicos desconozcan una ley y la inapliquen en consecuencia se obtiene el mismo resultado por ambos conductos.

4.1. EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD- CONSTITUCIONALIDAD.

Los estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos consagrados en la CADH, esto involucra una abstención del estado, toda vez que son limitados a cualquier acción que redunde en la ofensa de los derechos humanos, no solo los enumerados en el Pacto de San José, sino los que el Tribunal interamericano establezca a través de su jurisprudencia, debemos tener en cuenta que el derecho es cambiante, en consecuencia los catálogos, deben cambiar también, muchas veces a través de las interpretaciones mutatis mutandi, por citar un ejemplo podemos mencionar el caso cinco pensionistas vs Perú, en él se añadió como parte del derecho de propiedad a las pensiones. En suma lo que podemos afirmar es que el contenido de

³⁷⁵ Sobre la inconventionalidad de las leyes, la Corte IDH, puntualiza que si bien es cierto lo sorganos del estado, y también los jueces se encuentran sometidos a las leyes vigentes en un estado, estas no son argumento para cumplir con las obligaciones contraídas mediante el pacto de san jose. Es decir le resta el carácter vinculante a las leyes inconventional. Por su parte el TC en la sentencia del expediente 3471- 2004-AI/TC, establece que la idea de que la administración se encuentra vinculada con una ley viciada por inconstitucionalidad, es una tesis falsa de la que se debe prescindir.

los derechos enmarcados en la CADH, variarán, dependiendo de la jurisprudencia de la Corte IDH, y en consecuencia, será variable también el “parámetro controlador”, y los bloques constitucionales de los estados.

En el mismo artículo se agrega una función estatal con respecto a la Convención Americana, también importante, está constituida por el rol garantista del estado, es decir extiende los alcances y trasciende la esfera estatal, si bien el respeto a los derechos se centra en la actuación estatal, el rol garantista abarca todas las esferas, obligando al estado a intervenir mediante políticas de promoción del respeto de los derechos humanos, esto debe asumir el rol que tiene, en cuanto a tutela de derechos.

El artículo 2 de la convención.

En este artículo se establece las obligaciones en el ámbito legal, en él se establece el compromiso de tomar medidas legislativas o de otra índole, para garantizar lo establecido en el artículo uno, es de este precepto y de su desarrollo jurisprudencial del que se ha obtenido la obligación del control de convencionalidad de carácter difuso.

En este artículo además se encuentra intrínseco, el deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional, este deber comprende en primer lugar como se ha establecido con antelación, a través de la interpretación conforme, cuando esta no fuera posible, se recurrirá a la inaplicación o a la invalidación, de la norma nacional contraria al Pacto.

Por otro lado es de opinión de esta tesis que también se encuentra comprendido dentro de la obligación de adecuación del derecho interno, el deber de la opinión consultiva, esta se ha debatido en el escenario internacional, al respecto debemos citar la opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

Ahora bien si entendemos o asumimos que esas son las obligaciones derivadas de la Convención Americana, y aplicando el principio de que genera responsabilidad internacional, el hecho de incumplir las obligaciones contraídas, podemos afirmar que la no aplicación del control difuso de convencionalidad genera responsabilidad,

aunque probablemente esta se confunda con la responsabilidad derivada de la vulneración de los derechos, toda vez que cuando un órgano estatal aplique una ley contraria a la Convención Americana, la violación directa de traduce en la vulneración de un derecho con un contenido internacionalmente tutelado, y una violación también de la obligación de realizar un control de convencionalidad.

No resulta tarea difícil advertir, de los casos analizados, que el fundamento para el control normativo, es la competencia, la misma que se encuentra definida por el hecho de tener o no facultades jurisdiccionales, esto es una “regla de poder” es una regla en tanto existe la posibilidad de determinar una acción mediante la cual se viola la obligación.³⁷⁶

Así cuando un órgano que no posee la capacidad para realizar el control de constitucionalidad, y aun así lo hace, esta violando esta regla de poder. Constituyendo desde luego en un acto inconstitucional.

Sin embargo el planteamiento de la doctrina del control de convencionalidad, se encuentra su fundamento último en el respeto de los derechos humanos, esto se evidencia en el tratamiento jurisprudencial que le ha dado la Corte IDH, a la obligación de respetar los derechos consagrados en la CADH y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza, que hayan ratificado cualquiera de los estados parte en la Convención americana.³⁷⁷

Ahora bien en la doctrina de los derechos humanos, se maneja como una variante del principio pro homine, el principio de prevalencia de las normas que reconocen derechos, sobre las normas de poder, es decir si en un determinado conflicto se confrontan una norma que establece una manifestación de poder, y como

³⁷⁶ Al respecto Luigi Ferrajoli establece, que las reglas, se caracterizan porque es posible determinar un acto que se configura en lesivo de la misma, y la transgrede.

³⁷⁷ La Convención americana de derechos humanos, posee una cláusula de interpretación que puede ser definida como de transconvencionalidad, puesto que autoriza el uso interpretativo, de otros tratados sobre derechos humanos, incorporándolos al corpus iuris interamericano.

de impartirse, contra una norma que establezca un derecho humano, se debe preferir la última.

Según el planteamiento del control de convencionalidad difuso, la regla de derecho humano ha prevalecido sobre la regla de poder, esto parece darse por entado en la doctrina que ha forjado la Corte IDH. sin embargo no encuentra hasta ahora un asidero en la doctrina nacional, aunque ha tenido escasas referencias.

Al respecto resulta muy ilustrativo el voto del magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, Gerardo Eto Cruz habla del rol protector de los derechos, que tienen las autoridades públicas. Aunque el marco no es precisamente el del control de convencionalidad, sin embargo es importante por cuanto representa la obligación y el carácter tutelar que tengan las autoridades públicas.

El voto del magistrado lo hace en el expediente, **EXP. N.º 01893-2009-PA/TC**, en el cual la empresa minera YANACOCKA S.R.LTDA, promueve un recurso de agravio constitucional, en contra de la sentencia expedida por la segunda sala civil, de la corte superior de justicia de lima de fojas 720 del 19 de noviembre del 2008 que declaro improcedente la demanda de amparo interpuesta por la empresa en contra de la ordenanza municipal, N.º 001-2007-MPSP., publicada en el diario “Panorama” el 28 de febrero de 2007, que entre otras cosas resolvió definir como Área de Conservación Ambiental Municipal a las zonas de Las Lagunas y de Pozo Seco. La empresa mencionada sostiene que la ordenanza vulnera sus libertades de empresa, de industria, de trabajo y su derecho de propiedad.

Finalmente se ordena la revocación de la sentencia se ordena al juez de primera instancia admita la demanda de amparo, y resuelva de acuerdo a los plazos establecidos en el CPConst. La resolución se tomó con el voto discordante del magistrado Gerardo Eto Cruz, el único, que se detuvo a analizar el in que buscaba la ordenanza municipal cuestionada, el afirma en voto que en ningún caso se vulnera los derechos alegados³⁷⁸ – ni como norma autoaplicativa, ni como norma

³⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente: 01893-2009-AA/TC. Del 10 de diciembre del 2010, caso YANACOCKA vs Municipalidad de San Pablo voto disidente del magistrado Gerardo Eto Cruz.

heteroaplicativo- por la especial naturaleza de las concesiones mineras ya que estas no pueden ser tratadas, como un acto contractual tradicional, que está sujeto además de su carácter patrimonialista al interés general.³⁷⁹

Siguiendo con su ponencia establece que la concesión no debe ser aplicada de manera absoluta, olvidando la naturaleza propia de ese acto administrativo, así se pueden introducir modificaciones a las concesiones mineras, en aras del interés general, a saber este fue el pronunciamiento:

6. (...)Como en el presente caso, introducir zonas de conservación ambiental, cuando la protección del medio ambiente, o los recursos naturales básicos de la población como el agua se vean gravemente comprometidos. No podría pues, sostenerse legítimamente en un Estado Constitucional de Derecho, que las autoridades renuncien a su deber de protección de los recursos naturales, del medio ambiente o de los propios medios de subsistencia con que cuenta determinadas poblaciones de nuestro país, solo porque los contratos firmados con empresas mineras deben ser respetados escrupulosamente. Ello sería tanto como subordinar el interés general y los derechos de las personas a los intereses pecuniarios y económicos de las empresas concesionarias.³⁸⁰

Finalmente en el caso se declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal, con el voto disidente del magistrado citado, voto en el cual, se advierte un débil sombra de la importancia de tutear los derechos, sobre la normas de poder.

Sin embargo la práctica nacional, ha demostrado que las normas de poder en nuestro país prevalecen sobre las de derechos humanos.

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ Ibid. fundamento 6

4.1.1. El caso de la declaración de inaplicabilidad por órganos incompetentes.

En el caso peruano, se han suscitado varios casos en autoridades regionales, y municipales declaran la inaplicabilidad de determinadas normas, estos sin duda han creado precedentes que hay que tener en cuenta cuando hablemos de control difuso de constitucionalidad en consecuencia de convencionalidad. Toda vez que la Corte IDH, circunscribe el control de convencionalidad a las respectivas competencias que los órganos estatales tengan según el derecho interno.

Al parecer en todos los casos se evalúan el hecho desde un punto de vista formal, es decir el TC evalúa la constitucionalidad, de las ordenanzas regionales, y municipales, desde el punto de vista de las infracciones constitucionales de forma, en ningún caso se evalúa la infracción constitucional de fondo que, causa una declaración de inaplicabilidad de una determinada ley. Esto nos va a ayudar a clarificar el hecho de que cualquier órgano público puede inaplicar derecho contrario a la Convención Americana.

Para comprender a cabalidad los matices del tema en cuestión pasemos a analizar los casos en los que se declaró la inaplicabilidad de algunas leyes por parte de gobiernos regionales, además del sonado conflicto entre la municipalidad provincial de San Pablo y su aporte al tema en estudio.

Caso gobierno regional de Ayacucho que declaró inaplicable el decreto supremo 002-2010-ED, por considerar que se trata de una disposición inconstitucional toda vez a su modo de ver vulneraba el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, sustentó su decisión en el control “*difuso activo administrativo*”³⁸¹, ya que sustentaba que se desempeñaba desde su carácter administrativo, hecho que fue desestimado por el TC, ya que el control difuso

³⁸¹ E gobierno regional de Ayacucho alegó, que en el caso en concreto, actuaba, con sus facultades administrativas, en consecuencia podía realizar el control difuso administrativo, reconocido por el TC mediante la sentencia del expediente 3471-2004, que además postulaba la teoría de la desvinculación de los órganos administrativos, de las leyes inconstitucionales.

administrativo, solo se otorga a determinados tribunales administrativos y bajo específicos supuestos.

Lo que nos interesa del particular es que en el proceso de inconstitucionalidad, y en la sentencia, se encuentran fundamentos referidos únicamente a cuestiones competenciales, así por ejemplo el Tribunal Constitucional evalúa la competencia de los gobiernos regionales para invalidar, o dejar sin efecto al mencionado decreto supremo, bajo los criterios de competencias específicas de los gobiernos regionales, declara que la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ordenanza regional 004- 2010GRA.

Ahora bien lo que sucede es que mediante esta ordenanza regional, el gobierno regional de Ayacucho estaba realizando control de constitucionalidad , o al menos eso considera el Tribunal Constitucional,³⁸² y de hecho es así, en consecuencia también estimamos que aquel no cuenta con las facultades para realizar este control.

Sin embargo como se sustentó en su momento, la inaplicación y la invalidación, son dos situaciones jurídicas distintas, la primera es la que se propone para el caso específico, ya que al aplicar una norma contraria a la Constitución –Convención Americana-, se está violando un derecho humano, en el caso en análisis si el gobierno regional de Ayacucho, hubiera aplicado, el decreto supremo, se hubiera cometido un ilícito internacional,³⁸³ y no debe entenderse que los órganos internos de un estado, se encuentran obligados aplicar el derecho aunque este sea contrario a la convención, puesto que todo pronunciamiento o interpretación que realice, incluso el máximo órgano de interpretación constitucional, que imponga una obligación que implique una violación, vulnera los derechos humanos, es mas es inconvencional, y viola la obligación internacional de respetar los derechos humanos.

³⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente: 0025-2010-AI/TC. Del 21 de julio del 2011

³⁸³ Estimamos que el razonamiento es válido, toda vez que aplicar una norma contraria a la convención constituye un ilícito internacional, ahora bien, para el caso en concreto no nos parece, que el decreto supremo 002-2010-ED, constituya una violación al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública. Sin embargo tampoco es una cuestión que se haya analizado en el expediente mencionado, recalcamos el tema gira en torno a una cuestión competencial de la labor normativa.

En ese sentido el gobierno regional de Ayacucho actúa como un intérprete-aplicador del derecho, competencia que si le es reconocida por el Tribunal Constitucional, ya que este menciona que los gobiernos regionales tienen competencia interpretativa.³⁸⁴

Si bien es cierto, los órganos internos le deben obediencia a las normas internas de un estado y se encuentran sometidas al derecho vigente³⁸⁵, sin embargo debemos entender que el derecho constitucional, se ha visto modificado, tanto en su parte dogmática, hasta alcanzar la parte orgánica, esta es la fuerza activa a la que se refiere el Tribunal Constitucional.

En ese contexto, e involucrando también el valor que le ha otorgado el TC a la jurisprudencia de la corte IDH³⁸⁶, cualquier órgano del estado, en su calidad de intérprete-aplicador del derecho, al advertir una colisión directa entre una ley y la convención, debe preferir la última, ya que al aplicar la primera estaría incumpliendo con la obligación internacional, en consecuencia causaría responsabilidad en el estado peruano.

Recordemos que la noción de inaplicación del derecho no es una noción asociada a determinados órganos del en particular sino que en determinados casos puede ser utilizada, por cualquier órgano del estado -consideramos que este es un caso de ellos, merced a los cambios que establece la CADH y otros tratados internacionales y su fuerza activa-, para el caso concreto, con un fin legítimo, y protector, con el cual debe actuar cualquier órgano estatal.

El TC además habla de las antinomias y normativa las misma que pueden resolverse teniendo encuentra múltiples criterios, pero cuando esta involucra el

³⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *supra*, nota 381.

³⁸⁵ Consideración que también tiene presente la Corte IDH. expuesta en todos los casos en los que menciona el control de convencionalidad para recalcar que después de que el estado adopte la convención americana, los órganos del mismo se obligan principalmente con ella.

³⁸⁶ El tribunal constitucional, ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, indicando además que todo poder público se encuentra vinculado, aun por la jurisprudencia de los casos en los que el Estado Peruano no es parte.

principio de jerarquía, es competencia solo del judicial resolver este conflicto, y de algunos tribunales administrativos, de manera excepcional.³⁸⁷

Lo cierto es que nuestra postura no se sustenta en los criterios de competencia, sino en los criterios de respeto de los derechos humanos que tiene todo órgano estatal, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, así como el la responsabilidad por la aplicación de normas contrarias a la convención.

Finalmente debemos establecer que el TC debe tener en cuenta el fondo del asunto es decir evaluar la constitucionalidad del decreto supremo, en cuestión, ya que con ello puede aplicar el principio pro homine, y decidir si puede o no preferir una norma que regula el ejercicio del poder, sobre una que establece un derecho.³⁸⁸

4.2. LA INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS, ES UNA ATRIBUCIÓN DIRECTA.

El artículo 138 constituye una prerrogativa de los órganos jurisdiccionales, este es el principio de jerarquía, el que sirve para resolver las antinomias normativas, cuando se tratan de normas de distinta jerarquía, esto desde luego guarda una íntima relación con el control de convencionalidad, toda vez que como lo hemos asumido el bloque de convencionalidad se confunde con el bloque de constitucionalidad, de ese modo la CADH, es norma interna de rango constitucional, de primera categoría,³⁸⁹ en consecuencia creemos que es norma idónea para resolver las antinomias normativas.

Ahora bien la inaplicación de normas, no representa una atribución única de algunos órganos del estado sino que como lo expresa el tribunal constitucional, de manera general la inaplicación de normas no pasa por una cuestión potestativa asociado a algún órgano en particular,³⁹⁰ esto significa que existen supuestos en los

³⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente: 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre del 2005.

³⁸⁸ A inaplicación por parte de cualquier órgano del estado, establecida mediante la OC 14/94, representa un derecho de manera general, que involucra todos los demás, estamos hablando del derecho a la protección del que es titular una persona, y es sujeto pasivo, todo órgano estatal.

³⁸⁹ Tribunal Constitucional, sentencia del EXP-0047-2004- fundamento 61 del 24 de abril del 2004 caso gobierno regional de san Martín contra el congreso de la república.

³⁹⁰ Tribunal constitucional, sentencia recaída en el EXP-0025-2010-AI-TC, 21 de julio del 2011, fundamento 11. Por lo general, la decisión de no aplicar una norma a un supuesto determinado no está

que las normas pueden ser inaplicadas sin necesidad de alguna atribución los órganos estatales, es decir cualquier órgano estatal, podría inaplicar una norma.

Esto naturalmente también aplica para el control de convencionalidad, como se analizara a continuación, reiteramos sobre la base de que la CADH es derecho válido y vigente, en consecuencia directamente aplicable.

El obstáculo se presenta cuando las antinomias deben ser resueltas, teniendo en cuenta el principio de jerarquía, o de competencia, donde solo los órganos jurisdiccionales pueden realizar este control.

4.2.1. Ley posterior deroga ley anterior, y control de convencionalidad.

Después de la convención americana de derechos humanos, y su adopción por los estados de América, se aceptó el compromiso de adecuar, el derecho interno al derecho internacional a la CADH, desde ese momento.

Naturalmente cuando hablamos de antinomias entre normas de distinto rango, para el caso norma legal, y norma constitucional (CADH), lo propio sería resolver la aplicando el principio de ley superior deroga ley inferior sin embargo, es posible que también se pueda tomar a la constitución como ley posterior por lo tanto idónea para derogar a la ley anterior, esto se produce por el carácter dinámico del derecho constitucional internacional. Pero antes veamos la convención en su sentido formal y estático.

Con la entrada de la convención en el ordenamiento jurídico peruano, como norma constitucional, de primera categoría, se estableció nuevo derecho que deroga de manera tácita, a las normas de carácter infra constitucional, en ese sentido cualquier órgano del estado puede inaplicar una norma sin que esta haya sido declarada inconstitucional, por inconvencionalidad.

asociada en calidad de *potestas* a ningún órgano del Estado en particular. Así sucedería cuando se determina que una norma no se aplica por *desuetudo*; cuando la inaplicación se debe a una *vacatio legis*, o esta es efecto de la utilización de los criterios de *lex specialis derogat lex generali* o *lex posteriori derogat lex priori* (particularmente, en los casos de derogación tácita) al resolverse una antinomia normativa. En cualquiera de estos casos, cualquier órgano o sujeto de aplicación del derecho puede determinar la inaplicabilidad de la norma, no requiriendo que se le reconozca una competencia jurídica-estatal para ello.

Este supuesto opera toda vez que la convención es derecho nuevo, y en el caso de que subsistan normas contrarias a la convención americana. Proponemos en este documento que esta es una solución válida para resolver las antinomias entre el derecho interno y la CADH, o tratados sobre derechos humanos que han sido válidamente integrados al derecho internacional.

El Tribunal Constitucional, ha realizado un pronunciamiento similar cuando establece que la constitución nueva, es también norma posterior, por lo tanto causa la derogación tacita de las normas anteriores que entren en conflicto directo con la Constitución³⁹¹.

Ahora bien se puede tomar las interpretaciones de la corte IDH como parte del derecho interno, en virtud de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, en otras palabras la interpretación que haga la corte interamericana del pacto, que forma parte del parámetro controlador, ¿puede ser además norma que deroga tácitamente el derecho interno?, la posición que asumimos es afirmativa en ese sentido tras una derogación tacita, cualquier órgano puede inaplicar una norma contraria al pacto de san José.

Talvez esa fue la intención de la corte interamericana, cuando en el caso Almonacid Arellano declara que la norma inconventional, carece de efectos jurídicos desde su inicio, como una manera de representar una posible derogación tacita de las normas inconventionales, como hemos dicho cuando hablamos de la convención en su sentido formal y estático creemos que no existe ningún obstáculo, para inaplicar normas contrarias al pacto, y que además fueran anteriores a la entrada de la convención americana al derecho peruano y de manera general de los tratados de derechos humanos.

En ese sentido cualquier órgano podría inaplicar una norma contraria a un tratado, que haya entrado a formar parte del derecho interno, luego de la expedición de la primera, puesto que opera la derogación tacita. Ahora bien para un completo y

³⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia recaída en el EXP-0025-2010-AI-TC, 21 de julio del 2011, fundamento 16.

armónico desarrollo de esta doctrina es necesario que concurren de manera ineludible tres supuestos:

El primero que el tratado sea posterior a la norma que se pretende inaplicar,

Segundo que se asuma el carácter constitucional del tratado, y en consecuencia su fuerza activa, esto es la capacidad para modificar el derecho interno³⁹²,

Y finalmente, que la norma que se pretende inaplicar, se manifiestamente contraria al tratado que ahora es derecho constitucional, para que pueda operar la derogación tacita.

Solo con la concurrencia de estos tres supuestos, se puede inaplicar una norma interna que resulte contraria al pacto, u otro tratado internacional, sin amenazar la estabilidad y seguridad jurídica necesaria para sustentar un estado constitucional de derecho.

Pero que es lo que pasa cuando una norma con rango infra constitucional, es expedida con posterioridad a la CADH o algún tratado internacional, en este caso la antinomia sol puede ser resuelta con la aplicación del principio de jerarquía, lo cual implica que solo los órganos jurisdiccionales pueden realizar este control.

No es así, si tomamos como parte del parámetro controlador a las interpretaciones que hace de la convención americana, la Corte IDH, puesto que también constituyen normas sin embargo, no es posible afirmar que con ellas opera la derogación tacita, lo cierto es que existe multiplicidad de normas aplicables a un caso en concreto de las cuales en virtud del principio pro homine se debe aplicar la norma que mejor proteja al ser humano, esto implicaría un verdadero control de convencionalidad, y como lo establecimos líneas arriba no existe obstáculo para afirmar que un determinado órgano no pueda inaplicar, una norma.

³⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia recaída en el expediente 0025-2005-AI/TC. Del 25 de abril del 2006. Fundamento 33.

4.3. LA TESIS DE LA DESVINCULATORIEDAD DE LAS NORMAS INCONVENCIONALES E INCONSTITUCIONALES.

Ambas jurisdicciones, tanto la interamericana, como la constitucional han señalado mediante su jurisprudencia un concepto similar, según el cual las normas inconvencionales en el primer caso, no tienen efectos jurídicos, desde su inicio, y las normas inconstitucionales, en el segundo caso, no son vinculantes.

Se trata entonces de un punto de convergencia de ambas jurisdicciones, expresado mediante la falta de vinculatoriedad que adolecen las normas inconvencionales o inconstitucionales.

El primero de los conceptos establecido en Almonacid Arellano, en él se establece que las normas inconvencionales carecen de efectos jurídicos desde su inicio.

El segundo, el TC mediante la sentencia del expediente 3741-2004 en él se establece que se debe abandonar la herrada tesis, de que las leyes que contraviene la constitución, son vinculantes.

En ambos casos, ambas jurisdicciones, han retrocedido con posterioridad, la Corte IDH por su parte estableció que ella no es competente para declarar la invalidez de una norma local, que solo recomienda al estado, quien es finalmente es responsable de expulsar la norma inconvencional de su ordenamiento.

Por otro lado el TC mediante pronunciamientos posteriores restringió los efectos de la mencionada sentencia.

En definitiva aunque ambas jurisdicciones hayan retrocedido, creemos que sus fundamentos son válidos y que pueden formar parte de las nuevas teorías del control normativo.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. CONCLUSIONES.

1.1. Al igual que el control de constitucionalidad, se trata de una técnica de control normativo, consistente en la comparación de normas, una de rango superior, la que se llama parámetro controlador, y que está constituido por el corpus iuris interamericana.

También se incluye en el parámetro controlador, las interpretaciones que haga la Corte IDH, de la CADH, esto a través de una interpretación mutativa por adición, o también porque finalmente las interpretaciones constituyen norma. La norma controlada, es toda norma nacional, incluyendo hasta la Constitución, con la salvedad de los estados que le otorgan rango infra constitucional al Pacto de San José, ya que ellos defienden la postura del nacionalismo absoluto.

Sin embargo en los estados que le reconocen rango constitucional, el control que se puede ejercer puede ser desde interpretativo, hasta inaplicador sobre la norma constitucional.

Es evidente que si el pacto puede descartar, las normas constitucionales, puede del mismo modo descartar normas legales, o de inferior jerarquía.

1.2. El control de convencionalidad, se diferencia del control de constitucionalidad, puesto que mientras el primero busca la prevalencia de la convención americana, el segundo resguarda la primacía constitucional.

Ahora bien es posible, que al realizar el control de constitucionalidad, se realice también el control de convencionalidad, esto por parte del juez local. Se debe a que debido a la constitucionalización del derecho internacional el bloque constitucional se confunde con el bloque de convencionalidad, en consecuencia el parámetro controlador para el control constitucional, es el mismo que para el control convencional.

Esto desde luego no implica que se trate de dos controles iguales, sino bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, hay una identidad de normas controladoras.

1.3.La CADH establece la obligación de respetar los derechos humanos, en ese marco se inserta el control de convencionalidad, como un desarrollo jurisprudencial de la mencionada obligación. Sin embargo este puede ser rechazado mediante la denuncia del tratado, en resumidas cuentas el estado que se muestre reacio a cumplir con el control de convencionalidad puede retirarse del pacto, ya que se base en la voluntad de los estados, misma que puede dar origen al rechazo de la doctrina del control de convencionalidad difuso.

1.4.La constitución política del Perú, impone la obligación del control de convencionalidad, en un sentido amplio, ya que posee cláusulas que vinculan a los poderes públicos con el derecho internacional de los derechos humanos, además de que presta mejor soporte para la imposición de una obligación a los órganos estatales, así lo ha reiterado el tribunal constitucional.

1.5.Existen dos diseños, de control de convencionalidad presentes en la constitución, uno a través de la interpretación conforme y el otro a través del control de constitucionalidad.

a) A través de la interpretación conforme. La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, la que establece la interpretación conforme a los tratados sobre derechos humanos de los que es parte el estado peruano. Este mandato incluye la interpretación de la propia Carta Magna, la mismo que se debe hacer no solo conforme a la CADH, sino también del sistema internacional de los derechos humanos, esto es a través de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, todos sin exclusión. Por otro lado esta cláusula

impone a todo interprete aplicador del derecho, sin distinción, es decir a todos los órganos del estado, a interpretar conforme al derecho internacional de los derechos humanos del que es parte el estado peruano. En palabras de la Corte IDH, se ejerce sin distinción el control interpretativo, o en su sentido más suave.

- b) El control de convencionalidad a través del control de constitucionalidad, por otro lado es más restringido, ya que debe adecuarse al último, así, se puede realizar el control de constitucionalidad, y con eso se estaría realizando control de convencionalidad, ya el bloque de constitucionalidad es también bloque de convencionalidad

1.6. En cuanto a operador jurídico, se debe diferenciar de acuerdo al nivel de intensidad con el que puede ser practicado. Es decir el control interpretativo, y el control represivo o inaplicador.

- a) En el caso del control interpretativo, puede ser practicado por cualquier órgano público, esto es por cualquier órgano estatal, que el ejercicio de sus funciones, implique realizar una interpretación de la Constitución. Es decir este debe interpretar conforme a la CADH, y otros tratados sobre derechos humanos.
- b) El control de convencionalidad en su sentido más intenso, es decir con carácter inaplicador, solo puede ser practicado, por los órganos estatales facultados para realizar el control de constitucionalidad, en consecuencia pueden inaplicar una norma por resultar inconvencional:

El tribunal constitucional en tanto es el máximo intérprete de la constitución, y se le ha encargado el control concentrado de constitucionalidad.

El poder judicial. Ya que pueden realizar el control de constitucionalidad difuso.

Los tribunales administrativos y órganos colegiados adscritos al poder ejecutivo, de carácter nacional. En virtud del control difuso administrativo.

Siguiendo el principio de unidad de la jurisdicción puede también inaplicar una norma por inconvencional:

Los árbitros: Ya que también están autorizados para inaplicar leyes cuando estas resulten inconstitucionales.

La jurisdicción militar: ya que también pueden inaplicar leyes inconstitucionales.

El jurado nacional de elecciones. Ya que esta función le está reconocida mediante la constitución

Las comunidades campesinas y nativas: ya que la propia Constitución le otorga facultades jurisdiccionales.

Los jueces de paz dado que también son órganos jurisdiccionales.

1.7.El control de convencionalidad como técnica de control normativo, no se fundamenta precisamente en la supremacía convencional, sino el respeto de los derechos humanos, así ha sido desarrollado bastamente este concepto, siempre teniendo como eje central el respeto de los derechos humanos. Dicho de otro modo tiene un fundamento personalista.

1.8.Por el hecho de constituir una obligación internacional, su incumplimiento puede causar responsabilidad internacional, esto es cualquier conducta atribuible al estado, puede redundar en una sentencia de la Corte IDH, que sancione tanto el derecho peruano, como al estado. En ese sentido si el poder judicial, por ejemplo aplica una norma contraria al Pacto de San José, el estado será responsable; si el legislativo expide una ley contraria al pacto, el estado será responsable, en definitiva si cualquier órgano del estado de cualquier poder, en cualquier nivel, aplica una norma inconvencional, el estado será responsable.

2. RECOMENDACIONES.

2.1. Como se expuso con anterioridad el Tribunal Constitucional ha aceptado la vinculatoriedad que emana de las normas internacionales, y de la jurisprudencia de la Corte IDH, sin embargo el más claro de los pronunciamientos al respecto, data del año 2006, cuando apenas se empezaba a gestar el control difuso de convencionalidad, posterior a esto, la corte IDH, ha establecido nuevos sujetos, habilitados para ejercer el control de convencionalidad, al respecto no existen pronunciamientos del TC, por el contrario la jurisprudencia de este, parece rechazar los nuevos fundamentos de la Corte IDH, s por tanto recomendable, que el Tribunal constitucional, se pronuncie al respecto, sobre si por ejemplo un órgano vinculado a la administración de justicia, puede o no inaplicar una norma.

Esto parece estar zanjado con los pronunciamientos del TC al respecto del control difuso de constitucionalidad, pero entra el conflicto directo con la jurisprudencia de la Corte IDH, a la misma que el Tc le ha reconocido carácter vinculante.

2.2. La Corte IDH, no ha sido suficientemente clara, en la formulación del control de convencionalidad, llegando en unos casos, a contradecirse, en sus pronunciamientos, es menester entonces que se aclara algunos puntos, como por ejemplo si el control que reclama es totalmente desconcentrado, recordemos que la graduación en la intensidad es resultado del trabajo de la doctrina, no de los pronunciamientos de la Corte IDH.

2.3. Elaborar un sistema de control para los órganos administrativos que pueden aplicar el control de convencionalidad- constitucionalidad, es una notable mejora, y gran aporte por parte del constitucionalismo peruano al mundo, sin embargo se debe precisar sus alcances e institucionalizar un órgano de revisión de los actos administrativos en los que se realice control difuso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

AYALA CORAO; Carlos. “El derecho de los derechos humanos”. En lecturas constitucionales andinas. N° 3 Comisión Andina de Juristas, 1994. Pp. 67-68.

BEAUDONNET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha”. Derecho del trabajo, Buenos Aires, 2006, p. 245, consulta, 14 de junio del 2013; http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividade regionales/2012/documentos/obj01_act18_2012_beaudonnet_utilizacion_dit_derl ab_2010.pdf

CARPIO MARCOS, Edgar. “La Interpretación De Los Derechos Fundamentales”, Quinta edición, Palestra Editores. Lima-Perú 2004.

FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Y Garantías La Ley Del Más Débil “. Cuarta edición. Editorial TROTA. 2004.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional” Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones de la UNAM. Consulta 20/06/2013. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

FERRER MAC GREGOR; Eduardo, “Interpretación Conforme y control difuso de convencionalidad” el nuevo paradigma para el juez mexicano, pág. 388.

Consulta 27 de junio de 2013.

http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos, 2ª. Ed., México, CNDH, 1999; así como los derechos y su protección jurisdiccional, Lima Grijley- UNAM-IMDCP, 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno”. CORTE IDH. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio. Tomo II. San José: Corte IDH, 1998, p.825.

KELSEN Hans. “Teoría general del derecho y del estado”, http://books.google.com.pe/books?id=Mp248sP_s9EC&pg=PA3&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., año XLIII, volumen 128, 2010, p. 810. www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex128/BMD000012807.pdf

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho internacional público, Quinta edición. Editorial TEMIS. Bogotá Colombia, 2002. Pág. 42.

RUBIO CORREA, Marcial y Otros. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” fondo editorial, Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima Perú. Segunda edición. 2013. Pág. 47.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Iusnaturalismo, Positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional, en fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público, e historia constitucional”. Juan Luis Requejo Pagés (Coord), pág. 30. Consulta 20 de agosto de 2013. www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/cuarto/pdfs/Luis.pdf

SAGÜES, Néstor Pedro; “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”. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 20/06/2013, www.juridicas.unam.mx.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Derecho internacional, y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano” consulta 11 de junio del 2013.

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>

SAGÜÉS; Néstor Pedro. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”. La Ley, Buenos Aires, 19 de febrero del 2009. B. p. 761.

SAGÜÉS, Néstor.” Obligaciones internacionales Y control de convencionalidad”, biblioteca jurídica virtual de UNAM, visita hecha el 20 de julio de 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

TUSHNET, Mark. “Constitucionalismo Y Judicial Review”. Primera Edición. Palestra Editores SAC. Lima Perú, 2013.pag 72.

ARTÍCULOS.

“La interpretación de la ley Conforme a las normas constitucionales”. http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_sobre_la_Interpretacion.pdf

El control difuso en sede administrativa, Elmer Huamán estrada. Disponible en http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_13-El-control-difuso-en-sede-administrativa.pdf

“Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas, por las autoridades administrativas, a la luz de los nuevos pronunciamientos del tribunal constitucional, Alfredo Bullard Gonzales, Cesar Higa Silva. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/163069147/Verdades-y-Falacias-Sobre-El-Control-Difuso>.

“El control difuso como método de control constitucional”, Christian Fernando Tantalean Odar, disponible en

<http://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>

PAQUINO, Pascuale. “The New Constitutional Adjudication in France”. Disponible en

<http://www.astrid-online.it/>

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas. Algunas Cuestiones Dogmáticas” pág. 14. Visita realizada el 27 de junio del 2013.

<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art02.pdf>

Entrevista a Luigi Ferrajoli, LA LEY, Gaceta Jurídica mayo 2013, pág. 17.

HIGHTON, Elena. “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. Pág., 108. Consulta 21 de agosto del 2013 <biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>

LOPEZ PIETSCH, Pablo. “OBJETIVAR EL RECURSO DE AMPARO: LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN BENDA, Y EL DEBATE ESPAÑOL”, pág. 138. consulta, 27 de agosto de 2013. www.accesoalajusticia.org/documentos/getbindata.php?dcfid=2272.

HITTERS Juan Carlos. “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) pág. 124. Consulta, el 15 de setiembre del 2013. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del EXP-0047-2004-AI/TC. Del 24 abril del 2006.

_____. Sentencia recaída en el EXP-0025-2010-AI-TC, 21 de julio del 2011.

_____. Sentencia recaída en el expediente 0007-2001-AI/TC, del 9 de enero del 2003.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre del 2005.

_____. Sentencia recaída en el expediente 0050-2004-AI/TC del 3 de junio del 2005.

_____. Sentencia recaída en el expediente 0499-2002-AA/TC, del 16 de octubre del 2002.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0014-2009-AI/TC. Del 25 de agosto del 2010.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0025-2010-AI/TC. Del 21 de julio del 2011.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0010-2001-AI/TC. Del 26 de agosto del 2003.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 02132-2008-AA/TC. Del 9 de mayo del 2011.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 1091-2002-HC/TC. Del 12 de agosto del 2002.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0017-2003-AI/TC. Del 16 de marzo del 2004.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0008-2005-AA/TC. Del 12 de agosto del 2005

_____. Sentencia recaída en el expediente: 02005-2009-AA/TC. Del 16 de octubre del 2009.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 1499-2010-AA/TC. Del 13 de julio del 2011.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 0020-2005-AI/TC. Del 27 de setiembre del 2005.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 01893-2009-AA/TC. Del 10 de diciembre del 2010.

_____. Sentencia recaída en el expediente: 00004-2006-AI/TC. Del 10 de diciembre del 2010.

_____. Sentencia recaída en expediente N° 2050-2002-AA/TC, 28 de mayo de 2003.

_____. Sentencia recaída en el expediente 0025-2005-AI/TC. Del 25 de abril del 2006.

_____. Sentencia recaída en el Exp_2868_2004_AA/TC del 24 de noviembre del 2004

_____. Sentencia recaída en el Exp_0858_2003_AA_TC el 5 de octubre del 2004

_____. Sentencia recaída en el exp_0895_2001_AA/TC. del 19 de agosto del 2002.

_____. Sentencia recaída en el Exp_0008_2003_AI_TC. del 11 de noviembre del 2003.

_____. Sentencia, en el Exp_2663_2003_HC/TC. del 23 de marzo del 2004.

_____. Sentencia recaída en el
EXP_0019_2005_PI_TC. del 21 de julio del 2005.

_____. Sentencia recaída en el
Exp_3771_2004_HC_TC. del 25 de diciembre de 2004.

_____. Sentencia recaída en el
Exp_5854_2005_PA_TC. del 8 de noviembre del 2005

_____. Sentencia recaída en el
Exp_0217_2002_HC_TC. del 17 de abril del 2002.

_____. Sentencia recaída en el Exp -0014-2003-
AI/TC. Del 10 de diciembre de 2003.

_____. Sentencia recaída en el Exp.- 005-2003-AI/TC.
Del 3 de octubre de 2003.

_____. Sentencia recaída en el expediente
00024_2010_AI_TC, del 21 de marzo del 2011.

_____. Sentencia recaída en el exp-2730-2006-
AA/TC. Del 21 de julio de 2006.

_____. Sentencia recaída en el
exp_00024_2010_AI_TC. Del 21 de marzo del 2011.

_____. Sentencia recaída en el expediente 0499-2002-
AA/TC, del 16 de octubre del 2002.

_____. Sentencia recaída en el exp. N°.1091-2002-
HC/TC. Del 12 de agosto del 2002.

SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Corte IDH. Caso “Myrna Mack Chang Vs Guatemala”. Sentencia del 2 de
noviembre del 2003, Serie C no. 101.

_____. Caso: “Almonacid Arellano vs Chile” excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de setiembre del 2006. Serie C 154.

_____. Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C 220.

_____. Caso, “Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

_____. Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

_____. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

_____. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, y costas. Sentencia de 7 de setiembre del 2004 serie C 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

_____. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, 158.

_____. Caso “Radilla Pacheco vs México”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2009.

_____. Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

_____. Caso de las “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____. “Caso Bueno Alves vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

_____. Caso “Fernández Ortega vs Estados Unidos Mexicanos” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto del 2010.

_____. Caso, “CASO GELMAN VS. URUGUAY”. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2001.

_____. Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.

_____. Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú”. Fondo, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en
Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la
Abolición de la Pena de Muerte.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

Contra la Mujer.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.