



ANEXO DE LECTURAS

TALLER
APLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS A NIVEL NACIONAL”

UNIDAD I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DESARROLLO Y MANIFESTACIONES

- 1) “El control de convencionalidad precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” – Juana María Ibañez

Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Este artículo se encuentra
disponible para su
descarga gratuita en
www.anuariodch.uchile.cl

Juana María Ibáñez Rivas

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora en temas de derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional. Previamente, trabajó como abogada del Área Legal en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y anteriormente como asesora jurídica de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Bolivia, Ecuador y Perú.
ibanez.jm@pucp.edu.pe

RESUMEN

El “control de convencionalidad” establecido a partir de 2006 en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido objeto de importantes precisiones. En sus sentencias de finales de 2010 y principios de 2011, el Tribunal ha puntualizado cuáles son los actores estatales obligados a su aplicación, la necesidad de su ejercicio sobre las decisiones mayoritarias en contextos democráticos y la verificación que la Corte puede realizar sobre el control de convencionalidad que alegan haber ejercido los Estados a nivel interno. En este sentido, el presente artículo hace un recorrido por el origen, evolución y aplicación del denominado “control de convencionalidad”, como medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Palabras clave: Control de convencionalidad – Control de constitucionalidad – Obligaciones de respeto, garantía y adecuación – Corte Interamericana de Derechos Humanos

SUMMARY

The “conventionality control” established in 2006 in the case law of the Inter-American Court of Human Rights has undergone some important clarifications. In its rulings from the end of 2010 and the beginning of 2011, the Court has defined the state actors that are obligated to apply it, has established the need for it when dealing with majoritarian decisions in democratic contexts and has established the role of the Court in verifying the conventionality control that States claim to have exercised domestically. This article covers the origin, evolution and application of the so-called “conventionality control” as a measure designed to assure compliance with the state obligations to respect, ensure and conform domestic legislation to international law, which are all found in the American Convention on Human Rights.

Key words: Conventionality control – Control of constitutionality – Obligations to respect, ensure and conform – Inter-American Court of Human Rights

Introducción

De acuerdo con la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle, los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Al no existir en el ordenamiento internacional órganos centralizados y superiores a los Estados que controlen la aplicación de sus normas, queda a estos ser los principales responsables de la aplicación del derecho internacional¹.

¹ SCELLE, Georges. Citado en: SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 35.

Si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer la primacía de las normas internacionales al interior de su ordenamiento jurídico interno, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sí establece que un Estado Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. La necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado respecto del cual un Estado consintió implica que éste debe aplicar e implementar el derecho internacional que corresponda en su derecho interno mediante la creación de normas o toma de medidas que se ajusten al compromiso asumido y la derogación de aquellas incompatibles con ese compromiso.

A partir de ello, el presente artículo desarrolla el origen, evolución y exigencias de aplicación del denominado “control de convencionalidad”, como medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana” o “Convención”). Dicha figura, establecida a partir de 2006 en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”, “Corte IDH”, “Corte”, o “Tribunal”), ha sido objeto de importantes precisiones, siendo especialmente relevantes las de finales de 2010 e inicios de 2011, cuando el Tribunal se refirió a los actores estatales obligados a su aplicación, a la necesidad de su ejercicio sobre las decisiones mayoritarias en contextos democráticos y a la verificación que la Corte puede realizar sobre el control de convencionalidad que alegan haber ejercido los Estados a nivel interno.

Sobre la base de ello, el presente artículo se estructura en tres capítulos. El primero se refiere al contenido de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en la jurisprudencia del Tribunal; el segundo, al “control de convencionalidad” entendido como una manifestación de dichas obligaciones estatales; el tercero, a la competencia de la propia Corte Interamericana en la verificación de la aplicación del “control de convencionalidad” por parte de los Estados y se finaliza con algunas consideraciones a modo de conclusión.

1. Las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en el sistema interamericano de derechos humanos

El artículo 1.1 de la Convención Americana² obliga a los Estados Parte a respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidos en ella. En ese sentido, desde la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez* respecto del Estado de Honduras, el Tribunal ha afirmado que, conforme al artículo 1.1, “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”³.

Las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 se complementan con el contenido del artículo 2 de la Convención⁴, el cual alude al deber estatal de adoptar disposiciones de

² El artículo 1.1 de la Convención establece que “[l]os Estados Partes en [la] 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 jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 164 a 177.

⁴ El artículo 2 de la Convención establece que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [la] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. La fuente del citado artículo 2 de la Convención es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención Europea

derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Este artículo 2 “no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la [Convención], obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta”. Sin embargo, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes: (i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio y (ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁵.

En ese sentido, el cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en el sistema interamericano exige además de la organización de un aparato estatal conforme a las normas de derechos humanos, una conducta gubernamental que asegure el eficaz funcionamiento de dicha estructura. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado⁶. El hecho de que se trate de leyes internas y de que éstas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución nacional, nada justifica si mediante ellas se violan cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención⁷.

Por todo lo expuesto, a partir de los deberes generales establecidos en los artículos 1.1 y 2, los Estados Parte están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención. Una importante herramienta para contribuir a dicho fin es el denominado “control de convencionalidad”, pues éste “puede en mucho contribuir a asegurar que [la Convención Americana] genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes”⁸.

2. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana como manifestación de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación

Teniendo en cuenta las exigencias propias de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, a través del denominado “control de convencionalidad” la Corte ha hecho notar a los Estados que, independientemente de las reformas legales que deban adoptar para compatibilizar determinadas disposiciones y prácticas con la Convención Americana y los estándares internacionales que correspondan, en principio, los jueces y órganos vinculados a la administración de

para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga, no obstante, su artículo 1 tiene como efecto que los Estados Parte de aquélla –y de sus respectivos Protocolos Adicionales– cumplan una doble obligación: en primer lugar, asegurar que su derecho interno sea compatible con la Convención; y en segundo lugar, subsanar todo desconocimiento de los derechos y libertades protegidos por ella. *Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Artículo 1”. En: PETTITI, Louis et. al. La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article. Paris: Economica, 1995, pp. 135-141.* Por su parte, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos alude en sus artículos 1 y 25 a las medidas que deben adoptar los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana para hacer efectivos los derechos, deberes y libertades contemplados en dicha Carta.

⁵ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

⁶ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

⁷ Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 27.

⁸ Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 45. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174.

justicia en todos los niveles deben actuar inmediatamente y de oficio en el sentido de adecuar sus decisiones a dichas disposiciones y estándares, frente al conocimiento de los casos que se les sometan.

El contenido del “control de convencionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal ha sido objeto de un proceso de evolución que ha precisado sus alcances, con miras a asegurar y facilitar su aplicación por parte de los Estados.

2.1 El origen del concepto de “control de convencionalidad”

En el año 2006, al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros* respecto del Estado de Chile, el Tribunal declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “el [Poder] Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “el [Poder] Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”⁹.

Si bien la Corte declaró “[ser] consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, [...] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, recordó que “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 mermad[o]s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Para ello, el Tribunal indicó que el Poder Judicial debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana¹⁰.

Aunado a ello, el Tribunal estableció que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹¹. Como fundamento de tal afirmación, la Corte citó su *Opinión Consultiva sobre la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación*

⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

¹⁰ A pesar de que la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros* fue la primera en la que la Corte se refirió al “control de convencionalidad” *strictu sensu*, este concepto ya había iniciado su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. En efecto, conforme lo señala Ferrer Mac-Gregor, si se observa con detenimiento fallos previos “puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del ‘control de convencionalidad’ en dicho caso”. Así, “[r]esulta evidente que la Corte [...] crea la doctrina del ‘control difuso de convencionalidad’ advirtiendo la tendencia de la ‘constitucionalización’ o, si se prefiere, ‘nacionalización’ 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”. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 29. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Al respecto, la doctrina se remite a los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 25 de noviembre de 2003; *Tibi vs. Ecuador* de 7 de septiembre de 2004, y *López Álvarez vs. Honduras* de 1 de febrero de 2006. Ver en el mismo sentido, HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 7, 2009 (2), pp. 109-128.

¹¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*, op. cit., párr. 124.

de *Leyes Violatorias de la Convención*, recordando lo dispuesto por el ya citado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹².

Casi dos meses después, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* respecto del Perú¹³, la Corte enfatizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer ya no “un cierto” control conforme se indicó en *Almonacid Arellano y otros*, sino un control “de convencionalidad”. En este ejercicio de precisión del concepto, la Corte Interamericana se refirió a algunas características específicas de dicho control:

- i) es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En ese sentido, “[e]sta 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”;
- ii) es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;
- iii) es de aplicación también en un eventual “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales”¹⁴.

En su voto razonado a dicha sentencia, el entonces juez del Tribunal, Sergio García Ramírez, señaló que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al “control de convencionalidad” “teni[endo] a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana”, “la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”, citando a modo de ejemplo, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada. Conforme lo señaló García Ramírez “[d]e lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”¹⁵.

¹² Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

¹³ 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.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, op. cit., párrs. 128 y 129.

¹⁵ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*, op. cit. Al respecto, Néstor Sagüés ha señalado que “[q]ueda la incógnita de determinar si en verdad la Corte Interamericana ha querido conscientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado”. Para dicho autor “[e]s un punto que merece en el futuro de una pronta y clara explicitación por parte de [la] Corte, ya que involucra temas tales como si todos los tratados de derechos humanos tienen para los países ratificantes del Pacto de San José de Costa Rica rango supraconstitucional, y si es obligación –o no– de todos los jueces del área inaplicar, incluso de oficio, las reglas locales que lo contradigan”. SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 8, 2010 (1), pp. 126-127.

En el mismo mes de noviembre de 2006, en la sentencia del caso *La Cantuta*, también respecto del Estado del Perú¹⁶, el Tribunal reiteró los estándares fijados hasta el momento sobre “control de convencionalidad” en las sentencias de los casos *Almonacid Arellano y otros* y *Trabajadores Cesados del Congreso*. Con ocasión a dicho caso, referido a la ejecución extrajudicial de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta, en “un contexto de práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, perpetrada por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatales” y en el que se emitieron leyes de autoamnistía, el juez García Ramírez, en su voto concurrente, señaló que “[n]o tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro”, ya que “[l]ejos de establecer una garantía de no repetición [...], se estaría abriendo la puerta a la reiteración de la violación”. En esa línea, concluyó que “[s]ería impracticable –y frustrante– requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “anticonvencionalidad”¹⁷.

El “control de convencionalidad” es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte.

2.2 Evolución del “control de convencionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal

La jurisprudencia así descrita fue reiterada al año siguiente, en 2007, en la sentencia del caso *Boyce y otros* respecto del Estado de Barbados¹⁸. En 2008, los estándares sobre “control de convencionalidad” fueron citados únicamente en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal* respecto de Panamá¹⁹. En 2009, la Corte también reiteró su jurisprudencia sobre la materia en la sentencia del caso *Rosendo Radilla Pacheco* respecto de México²⁰. En 2010, dicho concepto fue desarrollado en ocho sentencias: *Manuel Cepeda Vargas* respecto de Colombia²¹; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* respecto de Paraguay²²; *Fernández Ortega y Otros* respecto de México²³; *Rosendo*

¹⁶ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

¹⁷ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 7. Corte IDH. *Caso La Cantuta*, op. cit. Dicha postura ha generado pronunciamientos en la doctrina que ponen en debate tal posibilidad dentro del sistema interamericano. Nestor Sagüés señala que “[e]l tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado. Así, un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente”. SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales...”, op. cit., pp. 125-126. Ver también: RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. “The Conventionality Control: Examples of (un)successful experiences in Latin America”. *Inter-American and European Human Rights Journal*/Vol. 3, No. 1-2, 2010, pp. 203-204.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

²⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

²¹ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208.

²² Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

²³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.

Cantú y Otra respecto de México²⁴; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* respecto de Bolivia²⁵; *Vélez Loor* respecto de Panamá²⁶; *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia)* respecto de Brasil²⁷ y *Cabrera García y Montiel Flores* respecto de México²⁸. En esta última sentencia, de noviembre de 2010, la Corte Interamericana realizó una precisión clave en lo que concierne a los órganos del Estado obligados a aplicar dicho control entre las normas internas y la Convención Americana.

Dado que en algunos Estados los tribunales constitucionales, por ejemplo, constituyen órganos autónomos independientes del Poder Judicial, la Corte precisó que no sólo los jueces, sino que los diferentes “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están en la obligación de ejercer *ex officio* el “control de convencionalidad”²⁹. A mayor abundamiento, en dicha oportunidad, la Corte citó jurisprudencia de tribunales de la más alta jerarquía en la región que se han referido y han aplicado el “control de convencionalidad”, sobre la base de las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia³⁰.

En 2011, los estándares sobre el “control de convencionalidad” fueron citados en cuatro sentencias en los casos *Gelman* respecto del Uruguay³¹; *Chocrón Chocrón* respecto de Venezuela³²; *López Mendoza* respecto de Venezuela³³ y *Fontevicchia y D’Amico* respecto de Argentina³⁴. Entre éstas, es preciso destacar lo declarado por la Corte Interamericana en el caso *Gelman*, no solo en cuanto a las autoridades obligadas a ejercer el “control de convencionalidad”, sino al contexto en que éste debe ser aplicado.

El caso *Gelman* involucraba la vigencia y aplicación en el Uruguay de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado de 1986, aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, que impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios militares y policiales en el marco de la dictadura militar y la Operación Cóndor. En su sentencia, la Corte señaló que la “manifiesta incompatibilidad” de dicha Ley con la Convención Americana determina que aquélla carezca de efectos jurídicos, de manera que “no pued[e] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del [...] caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni

²⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.

²⁵ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

²⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

²⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.

²⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, op. cit., párrs. 225 a 233.

²⁹ *Ibidem*, párr. 225.

³⁰ *Ibidem*, párrs. 226 a 232.

³¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193.

³² Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrs. 164 a 171.

³³ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 226 y 227.

³⁴ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93.

pued[e] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”³⁵.

Al respecto, y a modo de introducción al concepto de “control de convencionalidad”, la Corte recordó que “[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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”³⁶.

Esta idea según la cual “todos” los órganos de un Estado están obligados a cumplir el tratado respecto del cual éste consintió se vio especialmente reflejada en los párrafos siguientes de la sentencia, cuando la Corte señaló que “[e]l hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”. De acuerdo con la Corte, “[l]a participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos [constitucionales] de ejercicio directo de la democracia”, como el recurso de referéndum en 1989³⁷ y el plebiscito de 2009³⁸, “se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”. En ese sentido, para la Corte, “[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁹.

Es así que la Corte, tomando como referencia las propias decisiones previas de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sobre la aplicación de la Ley de Caducidad⁴⁰, definió un nuevo aporte en cuanto a las implicancias del “control de convencionalidad”, al señalar que “la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de estos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de éstas. En ese sentido, el Tribunal declaró que en “las instancias democráticas” también debe primar un “control de convencionalidad”, cuya aplicación caracterizó como “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁴¹. Además, como parte de su fundamentación y en

³⁵ Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 232.

³⁶ *Ibídem*, párr. 193.

³⁷ El 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos-desaparecidos, que conformaron la “Comisión Nacional pro Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” interpuso un recurso de referéndum contra dicha Ley, el cual no fue aprobado por la ciudadanía, pues solo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 147.

³⁸ El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía, mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley, propuesta que sólo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 149.

³⁹ Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 239 y 240.

⁴⁰ El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia No. 365 en la causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Caducidad y resolvió que eran inaplicables al caso concreto. Posteriormente, el 29 de octubre de 2010 dictó otro fallo en la causa “Organización de los Derechos Humanos”, en el cual reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 148 y 150.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 240. Es importante mencionar que meses después de la emisión de la sentencia en este caso, mediante Ley No. 18.831 de 27 de octubre de 2011, el Senado y la Cámara de Representantes del Uruguay, reunidos en Asamblea General, “restablecieron el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en [...] la

“diálogo jurisprudencial” con diversas altas cortes nacionales de la región, el Tribunal citó fallos en los que éstas han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten⁴².

En consecuencia, la Corte no solo estableció que debe prevalecer un “control de convencionalidad” de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, sino que enfatizó la idea según la cual dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiendo de manera expresa y categórica a “cualquier autoridad pública”. Por tanto, ya que los hechos del caso concreto incluían procesos de referéndum y plebiscito, la jurisprudencia de la Corte deja en evidencia que el “control de convencionalidad” compromete a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no solo a las del Poder Judicial o a todas aquellas vinculadas a la administración de justicia.

3. La competencia de la Corte Interamericana en la verificación de la aplicación del “control de convencionalidad” por parte de los Estados

La Corte Interamericana realiza un permanente control de convencionalidad al momento de analizar los diferentes casos que se someten a su competencia contenciosa⁴³. Sin embargo, cabe destacar lo ocurrido en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* en el que por primera vez un Estado opuso una excepción preliminar alegando que había aplicado debidamente el “control de convencionalidad” en la jurisdicción nacional.

Efectivamente, en dicho caso, México opuso una excepción preliminar de “cuarta instancia”, planteando que “la Corte no p[odía] determinar si los tribunales nacionales aplicaron correctamente el derecho interno o si el fallo emitido fue equivocado o injusto” y que sólo “debe[ría] determinar” si el proceso judicial penal “se apegó a los principios de garantía y protección judicial consagrados en la Convención Americana o si existe algún error judicial comprobable y comprobado que acredite una grave injusticia”. Así, agregó que en el caso “se busca[ba] revisar lo ya decidido por los tribunales domésticos”, pese a que estos habrían ejercido “efectivamente el ‘control de convencionalidad’ *ex officio*”⁴⁴.

Frente a ello, la Corte recordó que si bien “no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’”, sí le compete “verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia”⁴⁵. A partir de ello, el Tribunal observó “que la excepción preliminar presentada por el Estado toma[ba] como punto de partida que no ha[bía] existido ninguna violación de derechos humanos [...], cuando e[ra] precisamente ello lo que se debatir[ía] en el fondo del

Ley [de Caducidad]”, “[d]ecl[arando] que, [dichos] delitos [...], son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”. Ley No. 18.831 sobre Pretensión Punitiva del Estado. Restablecimiento para los Delitos Cometidos en Aplicación del Terrorismo de Estado hasta el 1 de Marzo de 1985. *Diario Oficial del Uruguay*, 1 de noviembre de 2011.

⁴² Así, el Tribunal se remitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; la Corte Suprema de Justicia de Chile; el Tribunal Constitucional de Perú; la Suprema Corte de Justicia de Uruguay; la Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras; la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; la Corte Constitucional de Colombia, y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Cf.* Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 215 a 224.

⁴³ Sagüés se ha referido a esta facultad como “control de convencionalidad en sede internacional”, en oposición al “control de convencionalidad en sede nacional” que realizan los órganos estatales competentes. SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales...”, op. cit., pp. 120-121.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, op. cit., párrs. 12 y 13.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrs. 16 y 19.

asunto”⁴⁶. De esta manera, concluyó que en dicha etapa “se determinar[ía] si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales [...], a la luz de la jurisprudencia de[l] Tribunal y del derecho internacional aplicable”, razón por la cual desestimó la excepción preliminar⁴⁷.

Como queda en evidencia, el hecho de que un Estado alegue haber aplicado el “control de convencionalidad” en un caso concreto no constituye una excepción preliminar admisible que afecte la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el fondo del asunto y analizar las presuntas violaciones de derechos humanos involucradas⁴⁸.

Conclusión

A modo de conclusión, resulta pertinente citar a la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a que “[s]in duda, todo convenio que engendra una obligación implica también una restricción del ejercicio de los derechos soberanos del Estado, pues imprime a este ejercicio una determinada dirección. Pero la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado”⁴⁹. De esta manera, la exigencia de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte de la Convención Americana no implica una transgresión a su soberanía estatal, pues ciertamente es en ejercicio de ésta que consintieron para vincularse jurídicamente con el contenido de dicho tratado, esto es, con los deberes generales de respecto, garantía y adecuación, así como con las exigencias propias de cada uno de los derechos humanos reconocidos en el mismo.

El “control de convencionalidad” constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el *effet utile* de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación. Así, mientras se mantenga una norma o práctica violatoria de la Convención o se omita crear o aplicar una conforme a la misma, el “control de convencionalidad” debe representar una respuesta para evitar que un nuevo caso resulte sometido a conocimiento del sistema interamericano o que un Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, una vez emitida una sentencia de la Corte Interamericana que lo involucre.

Las precisiones respecto a las exigencias de la aplicación de dicho control, desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el año 2006 hasta aquella que data de febrero de 2011, son solo muestras del esfuerzo del Tribunal por presentar una herramienta que claramente puede favorecer la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente, afianzar el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional.

Es positivo constatar que cada vez son más frecuentes los fallos de altas cortes nacionales que demuestran una aplicación del “control de convencionalidad” o que, en todo caso, exigen su ejercicio. Un caso ejemplar ha sido el reciente pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 20.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 21 y 22.

⁴⁸ Para Ferrer Mac-Gregor, las consideraciones del Tribunal frente a dicha excepción preliminar “no otorgan competencia absoluta a la Corte [...] para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, [...] cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla”. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 9. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, op. cit.

⁴⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso del Vapor “Wimbledon”*. Sentencia de 23 de junio de 1923. Serie A, No. 1. p. 22.

de Justicia de la Nación de México, a partir del cual determinó que debía hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, “ante la duda que genera[ba] la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional”. En el 2011, dicho Pleno, mediante Acuerdo del Tribunal de 14 de julio, ordenó que “[d]erivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla”, *inter alia*, “[l]os Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad” y que al ejercer dicho control “[d]eberá[n] restringi[r] la interpretación del fuero militar en casos concretos”. En consecuencia, el Pleno determinó que el modelo del control de constitucionalidad y convencionalidad que debe adoptarse es en el sentido de que: “1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos”⁵⁰.

Con todo, y a pesar de estos nuevos avances que comienzan a adoptarse a nivel interno en algunos Estados, quedan aún muchos desafíos pendientes en cuanto a la implementación del control de convencionalidad por los diferentes órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, más aún, en lo que concierne a “toda autoridad pública”, tanto en situación de crisis institucional como en contextos democráticos.

Recibido: 31 octubre 2011

Aceptado: 2 febrero 2012

⁵⁰ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Acuerdo del Tribunal de 14 de julio de 2011 (Expediente Varios 912/2010). México, Distrito Federal.

UNIDAD I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DESARROLLO Y MANIFESTACIONES

- 2) “Introducción general al control de convencionalidad” – Miguel Carbonell

INTRODUCCIÓN GENERAL AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen y características del control de convencionalidad*. III. *La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. IV. *El reto de la cultura jurídica y el uso del derecho comparado*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tiene como uno de sus ejes vertebradores la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional, con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano, entre otras muchas cuestiones.

Es en el contexto de esa apertura en el que adquiere significado e importancia la cuestión del control de convencionalidad, que vamos a estudiar en las siguientes páginas.

De hecho, el control de convencionalidad es uno de los puntos culminantes del conjunto de cambios que trajo consigo la reforma de 2011. Se trata, a reserva de precisarlo con detalle más adelante, de una manifestación que anuncia un profundo cambio de época para los juristas mexicanos. Las reglas del juego cambiaron: los estándares de nuestros razonamientos serán distintos en el fu-

turo, los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron de forma importante, las técnicas de interpretación de los derechos variaron, etcétera.

Empecemos por una obviedad: los tratados se firman para ser cumplidos. Esta afirmación puede parecer muy obvia, pero no es seguro que sus consecuencias lo sean tanto, a la luz de la experiencia mexicana cuando menos. Lo que se acostumbra a hacer en México demuestra que el compromiso de las autoridades respecto al cumplimiento de los tratados es bastante limitado.

El Estado mexicano es entusiasta al momento de firmar tratados internacionales (los ha firmado por docenas, si bien es cierto que en algunos casos ha introducido ciertas reservas o cláusulas interpretativas), pero no demuestra la misma energía al momento de darle seguimiento a esa firma, implementando las medidas necesarias para aplicar a nivel interno los compromisos internacionales.

En efecto, la firma de un tratado significa que el Estado parte asume una serie de obligaciones, como las siguientes:

1. Incorporación de normas en el ordenamiento jurídico interno que permitan aplicar el tratado internacional;¹

¹ Sobre este punto, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quedó recogido en la sentencia del caso “La cantuta vs. Perú”, dictada el 29 de noviembre de 2006. En ella se señala lo siguiente:

171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2o., que establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

172. Ciertamente el artículo 2o. de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal

2. Derogación de normas que se opongan a lo que dispone el tratado (en esto consiste, en parte, la llamada “armonización” del sistema jurídico interno respecto al internacional);
3. Realización de un diagnóstico respecto de los derechos regulados por los tratados internacionales, a fin de determinar con la mayor precisión posible en qué punto se encuentra el país al momento de firmar el tratado (este diagnóstico será el que suministre una herramienta de medición para saber si en el futuro el Estado avanza en la tutela efectiva de los derechos, si se mantiene igual o si retrocede);
4. Reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de las violaciones de derechos, así como capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando ya se hayan producido (véase lo que al respecto dispone el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional).

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1o. de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a “garantizar” su pleno y libre ejercicio; esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (mandato que se contiene igualmente en nuestro artículo 1o. párrafo tercero constitucional) los derechos previstos en los ordenamientos internacionales. El deber de garantía es el que da fundamento al punto 4 que se acaba de enunciar, según el cual toda la organización del Estado debe estar al servicio de los

ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

derechos humanos, en la medida en que éstos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal.

Por otro lado, el artículo 2o. de la Convención Americana establece el deber (ya también señalado) de adoptar disposiciones de carácter interno a efecto de dotar de plena efectividad a sus normas. El texto del artículo 2o. se refiere a “medidas legislativas o de otro carácter”; en este último supuesto (“medidas... de otro carácter”) se encuentra la actuación de los jueces, los cuales desde luego juegan un papel fundamental en el cumplimiento de los mandatos de la Convención. También encontramos una precisión parecida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ambos mandatos han sido analizados y desarrollados en la observación general (OG) número 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la OG número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma Organización de las Naciones Unidas.

Lo que hemos dicho tiene como propósito recordar algo que es evidente: los Estados nacionales, cuando firman un tratado internacional, deben hacer todo aquello que esté a su alcance para cumplirlo, lo que incluye adaptaciones normativas, puesta en marcha de diagnósticos, implementación de políticas públicas y reorganización (desde un punto de vista procesal, pero también sustantivo) de la forma de resolver de los jueces.

Los tratados obligan a todas las autoridades, de todos los niveles de gobierno (en el caso de que se trate, como sucede en México, de un Estado compuesto, por estar organizado a partir de los principios del federalismo),² sin que sea posible oponer ninguna norma o interpretación de derecho interno para dejar de observarlos.

² Al respecto el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

En este contexto, el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar —de oficio— una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.

Veamos ahora el origen y los alcances que la Corte IDH le ha dado al control de convencionalidad.

II. ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. En el párrafo 27 de su voto, García Ramírez apunta que

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

El mismo Sergio García Ramírez vuelve sobre el tema en su voto concurrente razonado, emitido con ocasión de la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párrafo tercero. En ese voto García Ramírez sostiene que la tarea de la Corte Interamericana

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos 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 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 parte en ejercicio de su soberanía.³

El punto de vista de Sergio García Ramírez es acogido por la Corte Interamericana en la sentencia “Almonacid Arellano contra Chile”, emitida el 26 de septiembre de 2006. En el párrafo 124 de dicho fallo, la Corte afirma lo siguiente:

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 obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación

³ García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.

La Corte Interamericana sigue desarrollando el concepto y los alcances del control de convencionalidad en su sentencia “Trabajadores cesados del Congreso” (Aguado Alfaro y otros contra Perú), del 24 de noviembre de 2006. En el párrafo 128 de su pronunciamiento la Corte señala lo siguiente:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que 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 pertinentes. 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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Este pronunciamiento es muy interesante, ya que señala el carácter oficioso con el que los jueces deben llevar a cabo el control de convencionalidad. No importa que se trate de un litigio de derecho público o de derecho privado: la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos se consignan, justifican que los jueces tengan siempre presentes las disposiciones convencionales al resolver los litigios

objeto de su conocimiento.⁴ Así lo ha entendido también, como lo veremos más adelante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el aspecto que acabamos de comentar, Eduardo Ferrer señala que

...los jueces (de los Estados parte de la Convención Americana) no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.⁵

Otro paso interesante en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad se encuentra en la sentencia “Heliodoro Portugal contra Panamá”, emitida el 12 de agosto de 2008, en la cual se precisa lo siguiente:

...es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (párrafo 180).

Luego de tales antecedentes, la doctrina del control de convencionalidad fue reiterada en muchos casos resultados por la Corte IDH, entre ellos varios contra México. Así sucedió en el

⁴ Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 390 y 391.

⁵ *Ibidem*, pp. 371 y 372.

caso *Rosendo Radilla Pacheco contra México* (2009; párrafo 339 de la sentencia), Fernández Ortega y otros contra México (2010; párrafo 234 de la sentencia), Rosendo Cantú y otra contra México (2010; párrafo 219 de la sentencia) y Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010, párrafo 225 de la sentencia).

A lo largo de su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, y ha ido variando de forma progresiva los términos utilizados.

Así ha sucedido respecto de los sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad; en el desarrollo jurisprudencial de dicho control, la Corte IDH ha ido ampliando el espacio de los sujetos obligados a examinar la convencionalidad de actos y normas. Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado al menos cuatro etapas, muy bien sintetizadas por Víctor Bazán.⁶ En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el “Poder Judicial” (caso *Almonacid Arellano*); en un segundo momento la Corte señala a “Órganos del Poder Judicial” (caso *Trabajadores Cesados del Congreso*); en un tercer desarrollo ya se habla de “Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso *Cabrera García y Montiel Flores*); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en “cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial” (caso *Gelman contra Uruguay*).⁷

Lo que podemos observar a través de estos cambios es una actitud progresista y garantista de la Corte IDH, al ir ampliando el número de sujetos que deben llevar a cabo el control de convencionalidad, lo que en el fondo supone nada más que aplicar de forma congruente y cabal el principio *pro persona*, además de que

⁶ Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap, 2012, p. 18.

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación...”, *cit.*, nota 4, p. 376.

se reitera el deber de los Estados de cumplir con lo que establecen los tratados internacionales, sin que para ello sea obstáculo lo señalado en el derecho interno.

III. LA POSTURA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de fijar su postura sobre el control de convencionalidad en la resolución del expediente Varios 912/2010.

Dicho expediente deriva de la consulta que el presidente de la Corte somete a consideración de los integrantes del Tribunal Pleno de la propia Corte, para efecto de la ejecución (en lo que corresponde al Poder Judicial de la Federación) de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Rosendo Radilla Pacheco contra México*, a la que ya hicimos referencia en el apartado anterior.

La resolución de la Corte contiene un sinnúmero de cuestiones interesantes, unas de orden procesal y otras respecto al fondo del asunto que fue planteado por la sentencia “Radilla Pacheco” de la jurisdicción interamericana (por ejemplo respecto a las tareas de investigación del Estado mexicano en materia de desaparición forzada o sobre el alcance del fuero castrense). Vamos en este apartado a centrarnos en las partes de la resolución 912/2010 que guardan relación con el control de convencionalidad, dejando para otra ocasión el análisis de temas propiamente de fondo vinculados con dicha resolución.

Hay cinco pronunciamientos que ahora interesan, realizados por la Suprema Corte y contenidos cada uno de ellos en distintas tesis jurisprudenciales que a continuación referiremos.

1. La SCJN reconoce que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), derivadas de casos en los que México haya sido parte, son obligatorias “en sus términos”.

La precisión de que la obligatoriedad se da “en sus términos” significa que las sentencias de la Corte IDH se deben ejecutar sin cuestionar ninguna de sus partes, ni añadir o quitar ningún elemento y sin regatear todos los actos que se deben realizar para que la sentencia se dé por cumplida. Los órganos internos no pueden cuestionar, de acuerdo con este criterio, la competencia de la Corte IDH ni el alcance con el que la ejercen. La sentencia contiene una “cosa juzgada” que debe ser simplemente aplicada.

La tesis correspondiente es la 65/2011 del Tribunal Pleno, cuyo texto es el siguiente:⁸

Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio.

El Estado mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder

⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556.

Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino [incluso] la totalidad de los criterios contenidos en ella. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el 28 de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a 28 de noviembre de 2011.

2. Respecto de los criterios de la Corte IDH que hayan derivado de asuntos en los que México no sea parte, la Suprema Corte señala que tienen un carácter “orientador”. La tesis correspondiente (la 66/2011 del Pleno) tiene el siguiente texto:⁹

Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1o. de la Constitución federal.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos estableci-

⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, tesis P. LXVI/2011 (9a.), p. 550.

dos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. Varios 912/2010. 14 de de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el 28 de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a 28 de noviembre de 2011.

Este criterio de nuestra Suprema Corte genera alguna perplejidad y puede suscitar en el futuro algunos problemas de los que cabe dar cuenta. En primer término, parece que la Corte mexicana no tuvo en cuenta una distinción elemental entre lo que se conoce como puntos “considerativos” y puntos “resolutivos”.

Evidentemente, los puntos resolutivos de las sentencias de la Corte IDH son obligatorios solamente para las partes que participaron en el juicio, como sucede en todo juicio. Esto significa que lo que la Corte IDH ordena en sus sentencias que se haga (una indemnización, garantías de no repetición, seguimiento de investigaciones, impartición de cursos, construcción de un monumento en memoria de las víctimas, etcétera), corresponde acatarlo de forma exclusiva al Estado parte que concurrió en el juicio. Es igualmente obvio, en consecuencia, que si México no formó parte de un juicio, no tiene ningún deber de acatamiento de los puntos resolutivos.

Ahora bien, ¿podemos decir lo mismo de las consideraciones jurídicas que, en la parte argumentativa de sus pronunciamientos, hace la Corte IDH? ¿Qué tipo de obligación genera esa interpretación para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos?

El problema que genera la tesis de la SCJN que ya fue transcrita es que al reconocerle un criterio “orientador” a los criterios de la Corte IDH permite que, al resolver un caso concreto, cualquier autoridad judicial mexicana se “oriente” en un sentido distinto al que sostiene la jurisprudencia interamericana. Cuando eso suceda, ¿qué va a pasar si ese criterio de un juez mexicano es finalmente revisado por la Corte IDH? Es muy probable que la Corte IDH ratifique su criterio y en consecuencia termine descalificando la interpretación que difiera del mismo, con lo cual una mala interpretación de la autoridad jurisdiccional mexicana podría dar como resultado que se condene al Estado mexicano por violar la Convención Americana.

Además, no se estaría acatando la obligación de cumplir con lo dispuesto en la Convención, la cual adquiere sentido y significado en virtud de la interpretación privilegiada (y terminal, en la medida en que no puede ser revisada) que haga la Corte IDH.

Dicha interpretación, desde mi punto de vista, debe ser considerada como integralmente obligatoria, tomando en cuenta las tareas que deben cumplir todos los Estados parte de la Convención Americana. Y dicha obligatoriedad se proyecta no solamente al quehacer de los jueces, sino al conjunto de autoridades del Estado mexicano, que están igualmente vinculadas (obligadas, para decirlo en rigor) por los pronunciamientos de la Corte IDH.

Así como existe la denominada “cosa juzgada” (que cobra existencia y forma concreta en los resolutivos de las sentencias), debemos entender también que hay una “cosa interpretada” (contenida en las consideraciones jurídicas de las sentencias), la cual —en el caso de la Corte IDH— sí resulta obligatoria para todos los Estados parte de la Convención Americana, con independencia de si han sido o no parte en un juicio concreto. Por eso es que

el artículo 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos ordena notificar las sentencias no solamente al Estado que fue parte en el litigio, sino a todos los firmantes del propio pacto, a fin de que conozcan los elementos que figuran en los razonamientos de los jueces interamericanos.¹⁰

En suma, me parece que no es del todo correcto el criterio de la SCJN según el cual los criterios interpretativos de la Corte IDH tienen carácter orientador. Lo correcto es considerar que los criterios interpretativos de la jurisdicción interamericana son del todo obligatorios y, en consecuencia, deben ser observados y aplicados en los que casos en que corresponda.

En ese sentido se pronuncia el juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien en su voto razonado de la sentencia “Cabrera García y Montiel Flores contra México” señala que

...la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia (párrafo 79).

El mismo Ferrer Mac-Gregor apunta que

pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado haya sido “parte material”... equivaldría a anular la esencia misma de la propia CADH, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o haberse adherido a ella, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional... La interpretación emprendida por el

¹⁰ Véase en el mismo sentido el razonamiento de Nogueira, Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control...*, cit., nota 5, p. 351.

tribunal interamericano a las disposiciones convencionales *adquire la misma eficacia que poseen éstas*.¹¹

En el mismo sentido se expresa el ex magistrado y ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quien señala que

no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la Corte IDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia... implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser atendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte.¹²

Ya hemos mencionado que la Corte IDH ha establecido el control de convencionalidad obligatorio y de oficio en varias sentencias contra el Estado mexicano. Conviene en este momento retomar una de ellas, ya que nos puede ofrecer una respuesta clara para entender mejor el punto que estamos abordando. En concreto, hay que recordar que en el párrafo 225 de la sentencia Cabrera y Montiel contra México la Corte IDH apuntó lo siguiente:

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

¹¹ Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación...”, *cit.*, nota 3, p. 394.

¹² García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *cit.*, p. 658. En el mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control...*, *cit.*, nota 5, p. 351.

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 con 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.

Una discusión complementaria, que la SCJN no abordó en el expediente Varios 912/2010 pero que vale la pena anotar, tiene que ver con la obligatoriedad de criterios interpretativos contenidos no solamente en las sentencias de la Corte IDH, sino también en los pronunciamientos de la propia Corte contenidos en sus opiniones consultivas o bien en el dictado de medidas provisionales.

La mayor parte de los autores que analizan este aspecto señalan que tales pronunciamientos son igualmente obligatorios, criterio con el que coincide del todo.¹³ Con la mayor amplitud posible, debemos reconocer plena eficacia a todos los pronunciamientos de la Corte IDH, con independencia del acto procesal del que emanen o del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte.

Todavía más: habría que empezar a pensar en el grado de obligatoriedad que tienen otras expresiones normativas del derecho internacional de los derechos humanos, como pueden ser los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o las observaciones generales que emiten los comités encargados de la vigilancia y seguimiento de los tratados internacionales en la materia (comités que funcionan sobre todo en el ámbito de la ONU).

3. La SCJN sostiene, en congruencia con lo que ya había dicho la Corte IDH en algunas de las sentencias que ya hemos citado en el apartado precedente, que el control de conven-

¹³ Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *El control...*, cit., nota 5, pp. 245 y ss.

cionalidad corresponde a todos los jueces. Esto significa que la Corte da un paso fundamental para terminar con el monopolio a favor de los jueces federales para ejercer funciones de control de regularidad jurídica, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.

Pasamos de un modelo de control de constitucionalidad que podríamos llamar semiconcentrado (en el que participaban varios jueces, pero todos de nivel federal), a un modelo de mayor complejidad en el que se suma el control de convencionalidad y se amplía hacia todos los jueces. Lo que tenemos, en consecuencia, es un sistema difuso de control de convencionalidad.

La tesis correspondiente que refleja el criterio que estamos comentando se va a transcribir en el siguiente apartado.

4. La formación del nuevo modelo de control de regularidad, que deriva de lo que llevamos dicho y en particular de la obligación difusa de ejercer control de convencionalidad, genera una cierta complejidad que ha precisado el Tribunal Pleno de la SCJN. La tesis correspondiente (que me permito transcribir en este momento, para pasar a comentarla en seguida y que resulta aplicable a lo señalado en el apartado inmediato anterior) es la siguiente:¹⁴

Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucio-

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, tesis P. LXX/2011 (9a.), p. 557. Véase el análisis de esta tesis y sus consecuencias que hace Cossio, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 32 y ss.

nalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el 28 de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a 28 de noviembre de 2011.

Como puede verse, la Corte hace una diferencia importante respecto al alcance de la facultad de los jueces locales y de los jueces federales, con relación al control de convencionalidad. Mejor dicho, la diferencia radica específicamente en las vías procesales a través de las cuales se ejerce el control y en los efectos que tendrán los pronunciamientos respectivos, según que sean emitidos por los órganos jurisdiccionales locales o federales.

Lo que la Corte señala es que los jueces federales pueden (de conformidad con las reglas procesales existentes en materia de amparo, controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad) llegar a realizar una declaración que tenga por efecto la

invalidación de una norma general. Esto implica que los jueces federales pueden terminar “expulsando” a la norma del sistema jurídico, de forma que (como regla general y salvo contadas excepciones) no pueda volver a aplicarse en ningún caso.

Ahora bien, la facultad de los jueces locales abarca solamente (aunque no es poco, desde luego) la posibilidad de decretar la *inaplicación* de las normas generales, lo que tendría como efecto que tales normas no se apliquen a un caso concreto bajo conocimiento de las autoridades judiciales locales, sin que ello afecte a su vigencia ni limite la posibilidad del resto de autoridades para seguir las aplicando a casos que se presenten más adelante.

De acuerdo con lo anterior, los jueces federales pueden llegar a afectar la “vigencia” de una norma general; los jueces locales solamente se refieren a la “aplicabilidad” de las normas. El alcance en el primer caso es mayor, pero la facultad de las autoridades locales no es menor.

La tesis transcrita plantea una siguiente cuestión, vinculada con las obligaciones de las autoridades no judiciales. A ella nos referiremos en la siguiente sección.

5. La tesis LXIX/2011, derivada del mismo expediente Varios 912/2010 que estamos comentando, establece los pasos que deben seguirse por parte de los jueces a fin de llevar a cabo el control de constitucionalidad y de legalidad. Se trata de lo que algunos autores han llamado los “grados de intensidad” en el ejercicio del control.¹⁵

Los pasos que señala la tesis de la SCJN son los siguientes:

a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las autoridades del Estado mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano

¹⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación...”, *cit.*, nota 3, p. 386.

sea parte. En este caso se deberá observar el principio *pro persona* para dar la interpretación que mejor proteja el derecho humano en cuestión.

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir la que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Si recurrimos a la idea de los grados de intensidad del control, a la que ha aludido el juez Ferrer Mac-Gregor, podemos diseñar un esquema también de tres niveles pero parcialmente distintos al que perfila la SCJN en su tesis jurisprudencial. En efecto, podemos hablar de los siguientes tres tipos de intensidad en el control de convencionalidad:

- Grado bajo: en este caso el aplicador de una norma nacional hace una interpretación de la misma que sea “conforme” con las normas internacionales;
- Grado medio: si el intérprete considera que no hay forma de encontrar una interpretación que haga compatible la norma internacional con la norma interna, puede dejar de aplicar la norma nacional. Como ya vimos, la Suprema Corte estima que esto puede ser llevado a cabo por cualquier juez, cuando esté conociendo de cualquier tipo de proceso judicial.
- Grado alto: cuando el intérprete tiene la facultad de expulsar con efectos generales (*erga omnes*) a la norma interna que estime inconveniente. Esto, según nuestra SCJN, está reservado a los jueces federales cuando conozcan —de acuerdo a su competencia— de juicios de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

IV. EL RETO DE LA CULTURA JURÍDICA Y EL USO DEL DERECHO COMPARADO

Como puede ver el lector, el control de convencionalidad nos ofrece un desafío de grandes dimensiones. Si somos capaces de enfrentar con entereza y sapiencia dicho reto, México estará dando un paso enorme en la dirección correcta, pues tendrá un Estado constitucional de derecho más robusto y unos aplicadores de normas dotados de una capacidad ampliada para proteger cabalmente los derechos humanos.

El control de convencionalidad nos convoca a traer a México lo que en otras latitudes se han llamado “diálogos jurisprudenciales”, en los que los jueces van dando pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos. Finalmente, no olvidemos que el derecho constitucional de nuestros días plantea problemas muy semejantes a todas las jurisdicciones, de modo que siempre existen buenas oportunidades de aprendizaje cuando se comienza a dialogar con experiencias foráneas.

Se habla ya incluso de amplios procesos de “migración jurisprudencial”, en referencia a la circulación de las ideas sobre la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución. Se trata de un fenómeno más o menos reciente, potenciado en los últimos años por el acceso masivo a Internet y por el desarrollo de poderosos bancos de datos que permiten tener acceso completo a las sentencias de los tribunales constitucionales de muchos países.¹⁶

Los problemas de fondo a los que se enfrentan las distintas jurisdicciones nacionales son, como ya se apuntaba, en alguna medida parecidos: libertad de expresión, derecho de asociación, cuestiones electorales, derecho a la posesión de armas, interrupción voluntaria del embarazo, etcétera. Los criterios jurisprudenciales sobre estos temas se encuentran en muchos países y tam-

¹⁶ Sobre la relación entre el Internet y el mundo jurídico, Carbonell, Miguel y Rivera, Aline, *Internet para abogados y estudiantes de derecho*, 4a. ed., México, Porrúa, 2009.

bién de manera destacada en la jurisprudencia internacional. En ocasiones las soluciones son parecidas, pese a que los jueces no conocían la jurisprudencia de sus colegas extranjeros. En otros casos los criterios judiciales se apartan de lo que podría considerarse una línea jurisprudencial más o menos consolidada y terminan por dictar sentencias incomprensibles por su falta de fundamento y por su precariedad argumentativa.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional”.¹⁷ Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la cual puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional.

En este marco en el que algunos autores se preguntan si las cortes constitucionales pueden y/o deben citar los criterios de otras jurisdicciones nacionales. La Constitución de Sudáfrica de 1996 —una de las más progresistas del mundo, tanto en su texto como en la aplicación del mismo— lo acepta expresamente en su artículo 39, que permite a los tribunales “tomar en consideración el derecho extranjero”. Se trata de una idea inspirada en una especie de cosmopolitismo jurídico de gran alcance;¹⁸ esta orientación encuentra un cierto eco en el voto disidente del *justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos Stephen Breyer en la sentencia *Knight vs. Florida* de 1999, en el que se hace referencia a distin-

¹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 92.

¹⁸ Sobre el tema pueden verse las importantes aportaciones de Luigi Ferrajoli en varios de sus trabajos; por ejemplos en algunos de los ensayos contenidos en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 303 y ss.

tos precedentes extranjeros e incluso se cita, con aprobación, un criterio de la Corte Suprema de Zimbabwé. No es de sorprender la inmediata reacción en contrario de los integrantes de la “falange conservadora” de la propia Corte (según la acertada calificación de Ronald Dworkin),¹⁹ Clarence Thomas y Antonin Scalia, quienes censuraron de inmediato la cita realizada por su colega, afirmando que la falta de fundamento del criterio de Breyer se encontraba reflejada en la cita de un derecho inaplicable por las cortes norteamericanas.

Interviniendo en esta polémica, el insigne Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, llama la atención sobre lo que está en juego:

Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales.²⁰

En otras palabras, la lucha es por saber si las jurisdicciones constitucionales pueden o deben mantener una apertura cosmopolita o si por el contrario deben resolver solamente conforme a su propia experiencia.

Para orientarse en este dilema vale la pena considerar que, como se apuntaba, hoy en día existe una problemática constitucional común que deben resolver los tribunales de última instancia alrededor del mundo. Es el propio Zagrebelsky quien nos ofrece una enumeración de temas que han llegado hasta la mesa de un número importante de jurisdicciones constitucionales (incluyendo el caso mexicano, por cierto) y que constituyen un universo compartido de problemas comunes:

¹⁹ Dworkin, Ronald, *The Supreme Court Phalanx*, Nueva York, The New York Review Books, 2008.

²⁰ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales...”, *cit.*, nota 16, p. 93.

la pena de muerte, la edad o el estado síquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las “acciones afirmativas” a favor de la participación política de las mujeres o contra discriminaciones raciales históricas, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la regulación del aborto y, en general, los problemas suscitados por las aplicaciones técnicas de las ciencias biológicas a numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas en las relaciones entre escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y así por el estilo.²¹

¿Qué deben hacer los tribunales constitucionales al enfrentarse a estos problemas? ¿Les resulta útil a sus miembros mirar hacia la jurisprudencia de otros países?

Pensemos en dos temas concretos, que nos suministran ejemplos interesantes sobre el punto que estamos discutiendo: la libertad de expresión y la interrupción voluntaria del embarazo. ¿No sería necesario que un tribunal constitucional considerara, al pronunciarse sobre temas relacionados con la libertad de expresión, el mundialmente famoso caso *New York Times versus Sullivan* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos,²² o el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán conocido como “Caso Titanic” que se suele citar en todos los debates sobre la racionalidad de las interpretaciones basadas en la proporcionalidad?²³ En el tema del aborto: ¿pueden pasarse por alto las consideracio-

²¹ *Idem.*

²² Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

²³ Robert Alexy, referencia inexcusable en el tema, suele citar el caso en sus trabajos. Véase Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012. En el mismo libro, discutiendo las tesis de Alexy, pueden verse los ensayos de Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”; Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”; Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Véase también las distintas aportaciones que aparecen en Alexy, Robert *et al.*, *Dere-*

nes que el *justice* Harry Blackmun escribió en la sentencia *Roe versus Wade* sobre el derecho a la intimidad de las mujeres,²⁴ o el contenido de la muy controvertida sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español sobre la protección del derecho a la vida?²⁵ No estamos defendiendo ni sugiriendo siquiera que el conocimiento de dichas sentencias se traduzca inmediatamente en una adopción de sus puntos de vista. Nada de eso. De lo que se trata es de conocer, valorar, analizar y resolver de la manera que sea mejor de acuerdo al propio contexto nacional.

Lo que no resulta útil ni racional es cerrarse ante las modernas corrientes de la jurisprudencia constitucional comparada. Es de nuevo Gustavo Zagrebelsky quien nos da muy buenas razones, de puro sentido común, para tomar en cuenta la jurisprudencia comparada. Escribe nuestro autor:

Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario hacen los chauvinistas de la Constitución, de ser los mejores... [El presupuesto para hacerlo es] la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás.²⁶

chos sociales y ponderación, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

²⁴ Sobre Blackmun véase Carbonell, Miguel, “¿Quién fue el juez Harry Blackmun?”, ahora recogido en el libro *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa-IMDPC-UNAM, 2008, pp. 255 y ss.; así como Greenhouse, Linda, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun’s Supreme Court Journey*, Nueva York, Times Books, 2005. Sobre el tema del aborto en Estados Unidos se han publicado cientos de libros y miles de artículos; de entre lo mejor que se ha traducido al castellano véase Tribe, Laurence, *El aborto: un choque de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

²⁵ Pérez Royo, Javier, “Derecho a la vida”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.

²⁶ Zagrebelsky, “Jueces constitucionales...”, *cit.*, nota 16, p. 94.

De eso se trata: de asumir una actitud humilde, receptiva y atenta a los caminos, buenos o malos, que se han abierto en otras latitudes.

Zagrebelsky sigue afirmando que:

Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a “un amigo con gran experiencia”, que nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados.²⁷

No faltará quien piense que al tomar en cuenta las experiencias de otros países se pone en riesgo la identidad propia del ordenamiento constitucional mexicano (o de cualquier otro país). Ha sido una actitud que han defendido con vehemencia y durante décadas muy connotados juristas, que le temían a la “contaminación” jurídica que pudiera llegar a nuestro derecho proveniente de otros países.

Dejando por ahora a un lado la gran ignorancia que tal actitud encerraba, lo cierto es que nada de eso puede suceder ni ha sucedido nunca, ni en México ni en el extranjero. Es cierto que se han copiado instituciones tomadas del derecho comparado, pero su recepción se ha acomodado a las necesidades nacionales y varias de ellas se encuentran entre los más grandes aciertos de nuestro sistema jurídico.

¿Acaso no importamos en su momento el esquema del federalismo? ¿Acaso podemos considerarnos los inventores de principios tan básicos como la división de poderes? ¿Quién pensaría que figuras como las comisiones de derechos humanos o los consejos la judicatura son negativos porque no fueron inventados por nuestros próceres jurídicos? Esos ejemplos, y muchos otros que se podrían citar, avalan la oportunidad, la pertinencia y el efecto benéfico que arroja el conocimiento y la utilización del derecho comparado.

²⁷ *Ibidem*, p. 95.

En el caso concreto de la revisión de jurisprudencia comparada no hay nada que temer y sí, por el contrario, mucho que ganar, toda vez que

La circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone *standars* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana.²⁸

Lo que resulta perjudicial y es indefendible tanto desde un punto de vista teórico como desde el mirador de la práctica es el intentar permanecer encerrados en las propias “tradiciones”, cualquiera que éstas sean. Perdemos todos (jueces, litigantes, académicos, ciudadanos) cuando tenemos tribunales constitucionales incapaces de mantener un diálogo con la jurisprudencia de otras latitudes:

La incomunicabilidad... equivale a la rotura del círculo ideal de intérpretes constitucionales... Las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal. Cerrarse a sí mismas significa solamente una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales.²⁹

Lo anterior viene al caso porque la tarea más importante que debemos realizar en México en materia de control de convencionalidad se refiere a cambiar la mentalidad de nuestros operadores jurídicos, de modo que estén “mentalmente” abiertos a lo que va señalando la jurisprudencia de la Corte IDH. Por eso es importante que las futuras generaciones de abogados se manejen con soltu-

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

ra en el derecho comparado y lo vean como un insumo relevante para complementar su formación.

Las fronteras entre derecho nacional y derecho internacional son hoy más borrosas que nunca y por eso es que los abogados deben estar listos para utilizar en sus razonamientos tantas normas internas como normas internacionales. No hay duda, a la luz de lo que ya llevamos expuesto, que el control de convencionalidad es obligatorio y que por tanto los operadores jurídicos deben conocer a fondo y con detalle la jurisprudencia de la Corte IDH, pero dicha obligatoriedad no se verá reflejada en la práctica si no conseguimos desarrollar una mentalidad más afín a los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana. Ese es el reto mayor, como ya se apuntaba. Y en este punto tendrán un papel fundamental por desarrollar las escuelas y facultades de derecho, pues será en ellas en donde se formen las nuevas generaciones de abogados, para las cuales temas como el del control de convencionalidad serán vistos como algo normal y cotidiano, al revés de lo que sucede en la actualidad con algunos jueces y abogados.

UNIDAD I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DESARROLLO Y MANIFESTACIONES

- 3) “La diferencia entre el control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad” – Walter Carnota

LA DIFERENCIACION ENTRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE COMPATIBILIDAD

WALTER F. CARNOTA*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿UN CONTROL MÁS?—3. CONFUSIONES CONCEPTUALES.—4. EL LLAMADO «CONTROL DE COMPATIBILIDAD».—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Con frecuencia, se suele hablar de ‘control de convencionalidad’. Sin embargo, su trasposición sin más, del campo del derecho internacional público al del derecho constitucional, puede acarrear confusión con el clásico ‘control de constitucionalidad’, que comenzó en los Estados Unidos a partir del célebre caso ‘Marbury v. Madison’ del año 1803 y que se expandió por todo el mundo a lo largo del siglo XX. A su vez, deben distinguirse ambos instrumentos del llamado ‘control de compatibilidad’, que es un mecanismo diseñado por la Ley de Derechos Humanos británica de 1998. Lo que va a variar en cada uno de estos tres supuestos es la intensidad del control: en el control de constitucionalidad, se producen distintos efectos, que van desde la inaplicación al caso concreto hasta la derogación, según el sistema difuso o concentrado. El ‘control de convencionalidad’ implica que se responsabiliza al Estado infractor de una disposición de un tratado en sede internacional. El de compatibilidad se limita a constatar la incongruencia de la normativa doméstica con la internacional.

Palabras clave: Control de constitucionalidad. Control de convencionalidad. Control de convencionalidad.

* Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Programa en Derecho Constitucional Práctico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ABSTRACT

The expression 'conventionality control' is being used increasingly. It is a notion that derives from international law. However, constitutionalists sometimes tend to confuse this idea with judicial review, which started in the United States in 1803 ('Marbury v. Madison'). Judicial review was extended worldwide during the 20th century. 'Compatibility control' is entirely different, becoming effective after the Human Rights Act was passed by the United Kingdom Parliament in 1998. Intensity of control varies accordingly: judicial review mechanisms range from inapplicability in decentralized systems, to outright repeal in centralized ones. 'Conventionality control' implies that the State will be liable internationally if a treaty is not fully observed. 'Compatibility control' declares an inconsistency between domestic and international rules.

Key words: Judicial review. Conventionality control. Conventionality control.

Uno de los fenómenos más interesantes de las últimas décadas del siglo XX y comienzos del siglo XXI ha sido sin duda alguna la notable expansión que ha registrado en diversas latitudes del mundo la justicia constitucional. La creación de institutos, dentro de ese paraguas, para lograr la plena efectividad de los enunciados constitucionales, es sin duda alguna uno de los elementos definitorios de lo que hoy conocemos con el nombre de «Estado Constitucional de Derecho».

Claro que el control de constitucionalidad, como cualquier institución en el Derecho, no surge de la nada, sino que es producto de una necesaria sedimentación. Si bien la *judicial review* aparece mitológicamente¹ con la sentencia dictada en el caso «Marbury v. Madison» en el año 1803, fue la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana la que la ha decantado y modulado canónicamente a lo largo de más de doscientos años de evolución.

La irrupción de la jurisdicción constitucional con la *Oktoberverfassung* de 1920 y sus secuelas también dan cuenta de primeros inicios de las Cortes o Tribunales Constitucionales, con un formidable desarrollo a lo largo de toda la pasada centuria. Es así que lugares tan insospechados como la Europa central y oriental poscomunista², o la América Latina con sus variantes³, han sido campo propicio para el florecimiento de la justicia constitucional a través de tribunales especializados. No es ocioso destacar la trascendencia de estos desarrollos en lugares en donde se ha requerido —y aún se necesita desesperadamente— acortar la brecha entre lo declamado y lo cumplido, es decir, entre la validez normativa y la vigencia sociológica.

¹ CLINTON (1989): 78.

² SCHWARTZ (2000): 21; KUTLESIC (2009): 120.

³ SAGUES (2004): 27.

El botiquín instrumental de la justicia constitucional ha ido variando con el tiempo y demuestra hoy en día un grado considerable de sofisticación. La problemática de las sentencias aditivas, manipulativas, sustractivas e interpretativas, que se inscriben dentro de la gran temática de los «efectos de la sentencia constitucional», es un campo fértil para la investigación y el estudio del derecho procesal constitucional, como se denomina a la disciplina en América Latina, o de su equivalente europeo, la justicia constitucional⁴.

Dentro de este panorama, destacamos el surgimiento de un instrumento novel, el «control de convencionalidad»⁵. Como veremos, el mismo ha tenido particular incidencia en algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de allí se ha filtrado a decisiones de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales de la región. Y el mismo se emparenta con el «control de comunitariedad» que se verifica en el ámbito europeo a partir del caso «Simmenthal»⁶.

Toda nueva formulación jurídica suscita dudas, matices interpretativos, aplausos apresurados o resistencias tajantes. El apodado «control de convencionalidad» no ha estado, por cierto, exento de estos vaivenes. Empero, una de las observaciones que se formulan se relaciona con el hecho de su eventual innecesariedad, dado que para algunos se hallaría subsumido en el ya existente «control de constitucionalidad». ¿Son dos instituciones radical y completamente distintas? ¿En algún punto se entroncan?

De comienzo, debe afirmarse que el Tribunal con sede en la ciudad de San José de Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

«ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en ‘controlar’ si las normas locales acatan —o no— las convenciones internacionales; y por ende...no se convierte en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes de los países»⁷.

Por lo demás, habida cuenta de que la Corte Interamericana llama, dentro de la interpretación aplicativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, a los miembros de los poderes judiciales del sistema interamericano de derechos humanos a realizar este «control de convencionalidad», el mismo puede o no coincidir⁸ con aquellos órganos que tienen a su cargo el consabido control de constitucionalidad en cada uno de los países del sistema.

⁴ GARCÍA BELAUNDE (2008): 81; FERRER MACGREGOR (2008): 140.

⁵ REY CANTOR (2007):

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO (2009): 1206.

⁷ HITTERS (2008): 135. Énfasis original.

⁸ Se ha considerado, por el contrario, que el órgano de justicia ordinaria, en sistemas concentrados de contralor, debe remitir a la justicia constitucional la cuestión atinente al control

Además de este primer escenario competencial-formal, habría que analizar si objetiva o materialmente lo que se examina y analiza en un caso es lo mismo que en el otro, o es completamente distinto.

2. UN CONTROL MÁS

Era lógico que luego de sentar el principio de prevalencia de un orden jurídico, ya fuese comunitario o de derechos humanos, se pensase en algún mecanismo capaz de tornarlo efectivo y de que esa fórmula de primacía estampada en documentos fundacionales o en sentencias liminares no resulte letra muerta.

Las nascentes formulaciones del criterio del «control de convencionalidad» no tuvieron dudas de que se trataba de dos instituciones («control de constitucionalidad» y «control de convencionalidad») con distintos ámbitos de aplicación.

Si bien la Corte Interamericana implícitamente daba por sentada una doctrina de ‘control de convencionalidad’, no terminó de delinearla en todos sus términos hasta el dictado de la sentencia «in re» *Almonacid Arellano c. Chile*⁹. Los hechos que dieron lugar a este importante decisivo son adecuadamente sintetizados por Rey Cantor¹⁰:

«El señor Almonacid Arellano era un comunista de la época del régimen de la dictadura militar en Chile, en la cual se adoptó una ‘política de Estado’ con el fin de perseguir a sus adversarios políticos. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por los carabineros, quienes le dispararon en presencia de su familia y saliendo de su casa. El gobierno militar en ejercicio expidió el Decreto-Ley No.2191 concediendo la amnistía por los delitos que se cometieron con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Su esposa inició la acción penal contra los responsables ante el fuero militar, en el cual sobreseyeron a los autores del crimen, aplicando dicho decreto».

Y es así que la Corte¹¹, en el ya famoso considerando número 124 de la sentencia bajo análisis, expresa que los jueces internos deben:

«ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder

de convencionalidad (SAGUES: 2009, 763), lo cual, aún basado en la letra de lo que señala la Corte Interamericana, puede alimentar más la confusión entre ambas figuras.

⁹ Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

¹⁰ REY CANTOR (2009): 795.

¹¹ En lo que puede considerarse una aportación del juez GARCÍA RAMÍREZ a la jurisprudencia interamericana. GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ (2009): 504.

Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana».

Para llegar a esta elaboración, la Corte Interamericana establece que la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad forma parte del cuerpo del *jus cogens*¹², es decir, de aquellos contenidos inderogables del derecho internacional. Crímenes de esta magnitud afectan a la humanidad toda y no son susceptibles de amnistías.

Dentro de este contexto, el Tribunal regional considera en su fallo que no sólo los magistrados nacionales se encuentran vinculados por la preceptiva convencional, sino asimismo por la interpretación última que de la misma efectúa la propia Corte Interamericana. Aclara además Nogueira Alcalá¹³ que:

«el sistema interamericano de protección de derechos se caracteriza por la subsidiariedad del nivel supranacional; por tanto, la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produce sólo cuando las instancias jurisdiccionales nacionales se encuentren agotadas o sean inútiles para resolver el problema. Ello exige a los abogados nacionales plantear y hacer valer ante la judicatura nacional las posiciones jurídicas aseguradas y garantizadas por la Convención Americana de Derechos Humanos».

Así, se produjo un tránsito, de una suerte de «control concentrado de convencionalidad» a cargo de la Corte Interamericana¹⁴, a uno de naturaleza difusa, en donde se encarga a todos los jueces nacionales su realización¹⁵.

Casi contemporáneamente con esta decisión, en «*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*» (sentencia del 24 de noviembre de 2006), la Corte Interamericana precisó el alcance de esta doctrina. En esta oportunidad, la contienda tuvo origen en un proceso de racionalización administrativa por la que habían quedado cesados 257 trabajadores del Congreso peruano después del «golpe de Estado» del entonces Presidente Fujimori.

La Corte ameritó las dificultades operativas y prácticas para cuestionar la evaluación y eventual cese de los trabajadores involucrados, como también la falta de independencia del Tribunal Constitucional que les había convalidado (Recordemos que la situación de ese organismo había dado

¹² GONZÁLEZ MORALES (2009): 224.

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ (2007): 176.

¹⁴ FERRER MACGREGOR (2010): 173.

¹⁵ FERRER MACGREGOR (2010): 185.

motivo a una sentencia célebre de la Corte Interamericana, «*Tribunal Constitucional*», del 31 de enero de 2001, C-71).

En el considerando 128 de su decisión en «*Trabajadores...*», la Corte regional vuelve a reafirmar la existencia —paralelamente a la del «control de constitucionalidad»— de un «control de convencionalidad» (sin potenciales), aún de oficio, siempre dentro de las competencias y las regulaciones procesales respectivas.

Al poco tiempo, el 29 de noviembre de 2006, en el caso «*La Cantuta c. Perú*», la Corte también concluyó en la invalidez —bajo el prisma del «control de convencionalidad» y de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado (considerandos 173 y 174)— de las leyes de autoamnistía peruanas.

Posteriormente, la doctrina de la ‘convencionalidad’ fue reiterada en oportunidad de fallar la causa «*Boyce c. Barbados*», sentencia del 20 de noviembre de 2007. En la causa ocurrente, se trataba de determinar la congruencia del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona de Barbados, que fijaba la pena capital para los supuestos de homicidio, con las prescripciones de la CADH.

Corresponde consignar que dicho instrumento internacional no veda de manera tajante o directa a la pena de muerte. Luego de efectuar, en su tramo inicial (inciso 1), un reconocimiento bastante peculiar al derecho a la vida («Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»), realiza una morigeración de la pena capital en su inciso 2:

«En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente».

Luego, en cuatro incisos más, la norma trae otras especificaciones sobre la pena de muerte, que no formaron parte de este litigio. Al contrario, la litis que involucraba a Barbados se centraba en determinar si la legislación interna del Estado aplicada a los recurrentes vulneraba ciertas disposiciones convencionales, fundamentalmente el ya indicado artículo 4.2 de la Convención.

El gobierno de Barbados alegó —en su defensa— que una interpretación textual o gramatical de la disposición que hemos examinado, conducía a determinar la validez del artículo 2 de la Ley citada. Por otra parte, la Constitución de Barbados prevé en su artículo 26 que las leyes pre-

constitucionales vigentes no son susceptibles de inconstitucionalidad sobreviniente («saving of existing law»).

Se establece de ese modo una «regla de exclusión» que impide analizar la legislación colonial. Sin embargo, y tal como la había sostenido en un caso anterior respecto de una cláusula análoga de la Constitución de Trinidad y Tobago¹⁶, esa disposición resulta inoponible en el contexto de la CADH, lo cual autorizaba a la Corte al examen integral de la cuestión.

Asimismo, en *Heliodoro Portugal c. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, la Corte Interamericana precisó, en el considerando 180 de esa decisión, que cada juzgador interno debe velar por dar a la convención «efecto útil», que es la construcción de derecho internacional público que da sustento a todo el andamiaje del «control de convencionalidad». Concretamente, ello viene a exigir que la CADH tenga virtualidad práctica.

Casos posteriores han involucrado a México («Radilla Pacheco», sentencia del 23 de noviembre de 2009), Paraguay («Comunidad Indígena Xákmok Kásek», sentencia del 29 de agosto de 2010), Bolivia («Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña», sentencia del 1 de septiembre de 2010) y nuevamente México («Cabrera García y Montiel Flores», sentencia del 26 de noviembre de 2010).

En una de sus últimas sentencias sobre el tema, la Corte Interamericana parecería delimitar con precisión el alcance de cada uno de los institutos que venimos estudiando. En efecto, al fallar en «Gómez Lund y otros c. Brasil» (sentencia del 24 de noviembre de 2010), el Tribunal regional deja sentado el «control de convencionalidad» de carácter concentrado y el difuso.

Respecto del primero, señala en su considerando 49:

«En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores. En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia de pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento Número 153 (*infra* párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana».

¹⁶ Trinidad y Tobago posteriormente revocó la competencia revisora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Precisa, en cambio, el perímetro del «control de convencionalidad» difuso (que es lo que se ha venido focalizando en esta parte del estudio), al expresar en su considerando 176:

«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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Toda vez que en esta referencia de la Corte, y en opiniones doctrinales, se habla de la «compatibilidad», más adelante analizaremos el exacto sentido de esa expresión, al analizar el derecho británico.

3. CONFUSIONES CONCEPTUALES

Pese a que las elaboraciones sobre control de constitucionalidad y control de convencionalidad irrumpieron en contextos y situaciones históricas bien distintas, algunas decisiones jurisprudenciales parecen haber solapado el ámbito lógico y natural en el que se mueven ambas instituciones jurídicas.

Un ejemplo de ello lo configura la Corte Suprema argentina que al decir de algunos observadores es el Tribunal latinoamericano que más acatamiento presta a las decisiones de la Corte Interamericana¹⁷.

Así, en la sentencia recaída en la causa *Julio Mazzeo* (del 13 de julio de 2007)¹⁸, el más Alto Tribunal federal adhirió a las consideraciones que la Corte de San José había realizado en *Almonacid Arellano* sobre control de convencionalidad para invalidar los indultos a quienes habían perpetrado el golpe de estado de 1976-1983. Empero, en *Videla* (sentencia del 31

¹⁷ HERNÁNDEZ VALLE (2009): 626.

¹⁸ *Fallos*: 330: 3248.

de agosto de 2010¹⁹), la Corte argentina avanzó más en esta tesitura, expresando en el considerando décimo que:

«Cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327: 3117). Concordantemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían 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. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones».

El aludido pasaje de este decisorio puede inducir a error, aunque en el primer segmento se esté haciendo referencia al control de constitucionalidad y en el segundo al de convencionalidad. En primer lugar, hay una confusa alusión a la discusión de la inconstitucionalidad de oficio, con el críptico enunciado «más allá de las opiniones individuales» de los jueces que integran el Tribunal. En efecto, esas opiniones son las que deberían contar a la hora de conformar una decisión sobre un tema determinado, y no una suerte de «disyunción» entre lo sostenido en sede teórica, por ejemplo, y en sede sentencial.

Pero es el extraño ensamble con el segundo párrafo («concordantemente»), con lo que se logra mezclar ambas instituciones (quizá efectuado a la luz del mentado debate sobre la función oficiosa del juez). Parecería de la transcripción realizada que ambos institutos, si bien no son idénticos, son parecidos.

4. EL LLAMADO «CONTROL DE COMPATIBILIDAD»

Tal como se sabe, Gran Bretaña rehuyó la posibilidad de adoptar una constitución codificada. La famosa «Revolución Gloriosa» del año 1688

¹⁹ Fallos: 333: 1657.

instauró la soberanía del Parlamento, que pasó a ser un ingrediente central del llamado «modelo de Westminster».

El dictado de la Declaración de Derechos de 1689 fue producto de transacciones tácticas en las fuerzas que condujeron la Revolución. Finalmente,

«Varias de las trece cláusulas de la Declaración especificaron nuevas limitaciones a la autoridad real —por ejemplo, prohibiciones a tener un ejército permanente en tiempos de paz, el requerimiento de que el Parlamento se reuniese con mayor frecuencia, y la estipulación que las fianzas excesivas no serían solicitadas al acusado».²⁰

La formulación del principio de soberanía parlamentaria quedó estampada en la clásica obra de A.V. Dicey, la más célebre del derecho constitucional británico y que data de 1885, de la siguiente manera, en el sentido de que el Parlamento

«tiene el derecho, bajo la constitución inglesa, de hacer o deshacer cualquier ley; y, además, que ninguna persona o cuerpo se encuentra reconocido por la ley de Inglaterra de tener un derecho para anular o dejar sin efecto a la legislación del Parlamento».²¹

Esa pauta quedó firmemente establecida a lo largo del tiempo. En las últimas décadas del s. XX, se había empezado a insinuar un incipiente contralor jurisdiccional al obrar administrativo²². En términos más radicales, y como parte del paquete de medidas constitucionales²³ implementadas por el llamado «Nuevo Laborismo» de Tony Blair, el Parlamento británico sancionó en 1988 la «Ley de Derechos Humanos». Este instrumento mantiene o preserva el principio basal de soberanía parlamentaria, pero la emparenta en una suerte de acuerdo o conciliación con los postulados del contemporáneo Estado de Derecho, que parte de la premisa del control jurisdiccional de los actos de los poderes políticos. Al decir de Bogdanor²⁴,

«La efectividad del acuerdo depende de un sentido de restricción de parte tanto de jueces como del Parlamento. Si los jueces fuesen a invadir la esfera política y hacer a la justicia suprema sobre el Parlamento, habría gran resentimiento de los ministros y legisladores. Los jueces serían acusados de transformar el control judicial en supremacía judicial. A la inversa, si el Parlamento ignorase una declaración de incompatibilidad proferida por los jueces, y se negara a derogar o

²⁰ PINCUS (2009): 293.

²¹ DICEY (1996): 38.

²² GRIFFITH (1997): 46.

²³ CARNOTA (2005): 75.

²⁴ BOGDANOR (2009): 69.

reformular la ley infractora en todo o en parte, la Ley de Derechos Humanos habría probado ser de escaso valor. De ese modo, la Ley de Derechos Humanos, a la vez que les da a los jueces un rol más importante en cuestiones de derechos humanos, procura asegurar un compromiso con los derechos por los representantes del pueblo en el Parlamento con el objetivo de asegurar una cultura de los derechos humanos».

En relativamente poco tiempo, sin embargo, se han mostrado los efectos de la Ley de Derechos Humanos como código de los mismos²⁵, y su papel transformador en las relaciones de poder en el Reino Unido (de los jueces con el Ejecutivo y con el Parlamento). Se ha evaluado que:

«Gran Bretaña se encuentra en proceso de convertirse en un estado constitucional, signado por los frenos y contrapesos entre los diferentes órganos de gobierno, y un estado en el cual la judicatura tiene ahora un rol crucial que jugar en la determinación de los derechos individuales y en fijar los alcances de la acción gubernamental. Es el comienzo de la transformación de Gran Bretaña en estado constitucional lo que conforma la significación más profunda de la era de la reforma constitucional»²⁶.

Obviamente, la aparición en escena de la Ley de Derechos Humanos ha cambiado el panorama de los operadores de este sistema político:

«La nueva Declaración Británica de Derechos (Ley de Derechos Humanos de 1998) ha extendido indudablemente el rol de los jueces del Reino Unido; pero expresamente mantiene el principio de la soberanía parlamentaria y dice que los jueces no pueden dejar de lado a las leyes del Parlamento cuando entren en conflicto con la Ley de Derechos Humanos; los jueces sólo pueden indicar esos conflictos y dejar que el Parlamento los resuelva»²⁷.

¿Cómo se origina la aparición en escena de la Ley de Derechos en Gran Bretaña? Se han ensayado múltiples explicaciones al respecto, pero debe quedar en claro que:

«Lo que condujo a la llamada ‘revolución de los derechos’ en el Reino Unido fue la movilización jurídica para arrimar casos a los tribunales y una judicatura atenta y receptiva a esos reclamos»²⁸.

²⁵ BRAZIER (2008): 133.

²⁶ BOGDANOR (2009): 289.

²⁷ GRANT (2009): 184.

²⁸ VOLCANSEK (2010): 212.

Sin embargo, hubo factores adicionales que llevaron a la conclusión de este proceso. Tal como explica Erdos²⁹:

«El debate de la declaración de derechos en el Reino Unido en general y la génesis de la Ley de Derechos Humanos en particular sigue la amplia lógica de la Tesis del Gatillo Postmaterialista (TGP). Ambos se han estructurado no sólo sobre factores contextuales de desarrollo sino también por factores episódicos de gatillo. En relación con los factores contextuales, el interés en sancionar un catálogo nacional de derechos primeramente emergió hacia fines de los sesenta; estuvo relacionado con la aparición de un lobby de derechos posmateriales preocupado por las libertades civiles y la igualdad social... En adición a este factor de derechos posmateriales, la participación del Reino Unido en el sistema transnacional europeo de derechos humanos incentivó a la formalización doméstica de los derechos humanos. También influyó fuertemente en el contenido sustantivo de la Ley. Sin perjuicio de la importancia de estas fuerzas en el contexto, sin embargo, la naturaleza esporádica de interés político en la génesis de la catalogación de derechos refleja en general los factores de gatillo que operan especialmente a nivel de las elites políticas... hacia los noventa, un claro gatillo político apareció en la izquierda de la política británica incluyendo al Partido Laborista. Diecisiete años en la selva política bajo un gobierno Conservador ampliamente percibido como anti-liberal y autoritario hizo que los laboristas se acercaran a los liberales (ahora rebautizados Liberales Demócratas), y que finalmente abrazaran la necesidad para mayores frenos y contrapesos en el ejecutivo».

Como todo producto legislativo, la Ley de Derechos Humanos fue reflejo de compromisos políticos. Así, ha habido fuerzas políticas británicas (hoy, por ejemplo, que integran la coalición de gobierno) que han resistido fuertemente a esta normativa con reminiscencia europea, optando eventualmente por una futura preceptiva vernácula sobre este tópico (Tal, por ejemplo, la opinión de David Cameron en su momento cuando era Jefe de la Oposición).

La notoria ambigüedad de la Ley de Derechos Humanos se aviene a la perfección con el carácter «histórico-tradicional» y de «prueba y error» que ha tenido proverbialmente el constitucionalismo británico. Ese pragmatismo hace, por ejemplo, que esta Ley no se encuentre «atrincherada» («*entrenched*») en el ordenamiento jurídico británico, sino que puede ser alterada o reformada por los procedimientos parlamentarios normales³⁰, como cualquier otra ley.

²⁹ ERDOS (2010): 124.

De acuerdo con el inciso 2 del artículo 4 de la Ley de 1998,

«Si el tribunal está convencido de que la regla es incompatible con un derecho fijado en la Convención, puede hacer una declaración de esa incompatibilidad».

Como puede apreciarse, la norma legal confiere un carácter notoriamente declarativo a la tarea del juzgador, máxime cuando según el inciso 6 del mismo dispositivo,

«Una declaración bajo este capítulo (“declaración de incompatibilidad”): a) no afecta la validez, efecto continuo o ejecución de la regla sobre la que se expide; y b) no vincula a las partes en el procedimiento en la cual se efectúa».

Ese cariz declarativo y no ejecutivo de la inspección de compatibilidad es la que mejor se avenía con la desconfianza que en general el ‘modelo de Westminster’ profesa hacia los jueces en su relación con las normas que dicta el Parlamento. Lo central en este esquema es la pervivencia de las disposiciones sancionadas por el legislador, que representa al electorado. Concebido de este modo, entonces, el examen de compatibilidad no irroga el gran costo que representaría invalidar actos legislativos y privarlos de eficacia en relación con las partes del litigio.

Hoy en día se manifiesta una tensión entre la tradicional «soberanía parlamentaria» y la normativa comunitaria europea, al punto tal que en algún momento,

«la teoría tendrá que eventualmente reflejar la realidad contemporánea que el Parlamento del Reino Unido no tiene más el poder absoluto, sino que opera en cambio dentro de una arquitectura constitucional pan-europea cuya supremacía es el precio por participar en la Unión Europea»³¹.

Dentro del contexto del llamado «modelo de Westminster», la aplicación judicial de una Declaración de Derechos no es algo sencillo de deglutir, en la medida en que pudiese colisionar con la soberanía parlamentaria. En definitiva, lo que obliga la Ley de Derechos Humanos es un «mandato interpretativo aumentado»³²: los jueces deben interpretar las leyes «de conformidad» con los derechos humanos; cuando esa tarea de armonización no es factible, podrán emitir una declaración de incompatibilidad.

Estos recelos han hecho incluso que en algunos sistemas políticos con filiación en el «modelo de Westminster», hayan diferido «sine die» la adop-

³⁰ HARRISON y BOYD (2006): 80.

³¹ ELLIOTT (2004): 554.

³² TUSHNET (2008): 27.

ción de una «carta» o «catálogo de derechos» como ha acontecido —a nivel federal— en Australia. Hasta ahora, la experiencia más exitosa en punto a la enunciación de los derechos fundamentales dentro del modelo de Westminster parece ser el caso canadiense. Sin embargo, la Constitución canadiense de 1982 prevé un peculiar mecanismo de excepción, la llamada «notwithstanding clause», inserta en el artículo 33 de este documento, y que reza en sus tres primeros incisos:

«inciso 1): El Parlamento o la legislatura de una provincia puede adoptar una ley en la que expresamente se declare que ella o una de sus disposiciones posee efecto independientemente de una disposición determinada del artículo 2 o de los artículos 7 a 15 de la presente Carta. Inciso 2): La ley o la disposición que resulte el objeto de una declaración conforme el presente artículo, y que esté en vigor, tendrá el efecto que ella prevé salvo disposición en contrario de la Carta. Inciso 3): La declaración referida en el párrafo (1) cesa de tener efecto en la fecha en la que ella precise o, a más tardar, cinco años después de su entrada en vigor...».

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta evidente, pues, que estamos frente a tres supuestos susceptibles de ser bien diferenciados. Por un lado, tenemos como hipótesis máxima de intensidad de contralor, al «control de constitucionalidad», que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la Norma Fundamental, ya en su vertiente concentrada o difusa, y que puede ir desde su derogación *erga omnes* en el primer caso hasta la inaplicación para el caso concreto, en el segundo. Por el contrario, el «control de convencionalidad» se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado. En un sentido técnico, finalmente, el control de compatibilidad aparece como un mecanismo de alcance mucho menor, que se ciñe a declarar la sintonía de la norma interna con la internacional, sin ningún otro efecto mayor.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANOR, Vernon (2009), *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing.
- BRAZIER, Rodney (2008), *Constitutional Reform (Reshaping The British Political System)*, Oxford, Oxford University Press.
- CARNOTA, Walter F. (2005), «Evolución Constitucional Británica», en *Revista Jurídica del Perú*, número 64, Trujillo.

- CLINTON, Robert L. (1989), «Precedent as Mythology: The Case of 'Marbury v. Madison'», en *Yearbook of the Supreme Court Historical Society*, Washington, D.C.
- DICEY, Albert Venn (1996), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan.
- DORSEN, Norman y otros (2003), *Comparative Constitutionalism (Cases and Materials)*, St.Paul, Thomson-West.
- ELLIOTT, Mark (2004), «Parliamentary sovereignty under pressure», en *International Journal of Constitutional Law*, New York, volumen 2, número 3.
- ERDOS, David (2010), *Delegating Rights Protection (The Rise of Bills of Rights in the Westminster World)*, New York, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009), *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, Madrid, Dykinson S.A.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2008), *Derecho Procesal Constitucional (Origen Científico 1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (2010), «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional», en FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALADES, Diego, *Formación y perspectiva del Estado en México*, UNAM y El Colegio Nacional, México.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2009), *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*, Lima, IDEMSA.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2009), «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, número 13.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe (2009), «La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano», en ALMQVIST, Jessica, y ESPOSITO, Carlos, *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GRANT, Moyra (2009), *The United Kingdom Parliament*, Edinburgo, Edinburgh University Press.
- GRIFFITH, J.A.G. (1997), *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana Press.
- HARRISON, Kevin, y BOYD, Tony (2006), *The Changing British Constitution*, Edinburgo, Edinburgh University Press.
- KUTLESIC, Vladan (2009), *Les Constitutions Postcommunistes européennes (Étude de Droit Comparé de neuf états)*, Bruselas, Bruylant.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2009), «La utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos», en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima.
- HITTERS, Juan Carlos (2008), «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Control de constitucionalidad y convencionalidad)?», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 10.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007), «Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano», en *Revista de Derecho* número 2, Montevideo.
- PINCUS, Steve (2009), *1688: The First Modern Revolution*, New Haven, Yale University Press.

- REY CANTOR, Ernesto (2007), *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Ediciones Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- REY CANTOR, Ernesto (2009), «Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes», en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, tomo II.
- SAGUES, Néstor Pedro (2004), *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, México, Editorial Porrúa.
- SAGUES, Néstor Pedro (2009), «El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, tomo B, Buenos Aires.
- SCHWARTZ, Herman (2000), *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, The University of Chicago Press.
- TUSHNET, Mark (2008), *Weak Court, Strong Rights (Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law)*, Princeton, Princeton University Press.
- VOLCANSEK, Mary L. (2010), «Blurring Sovereignty (The Human Rights Act of 1998 and British Law)», en JACKSON, Donald W.; TOLLEY, Michael C., y VOLCANSEK, Mary L. (Editores), *Globalizing Justice (Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms)*, Albany, State University of New York Press.

UNIDAD II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL ROL DEL JUEZ

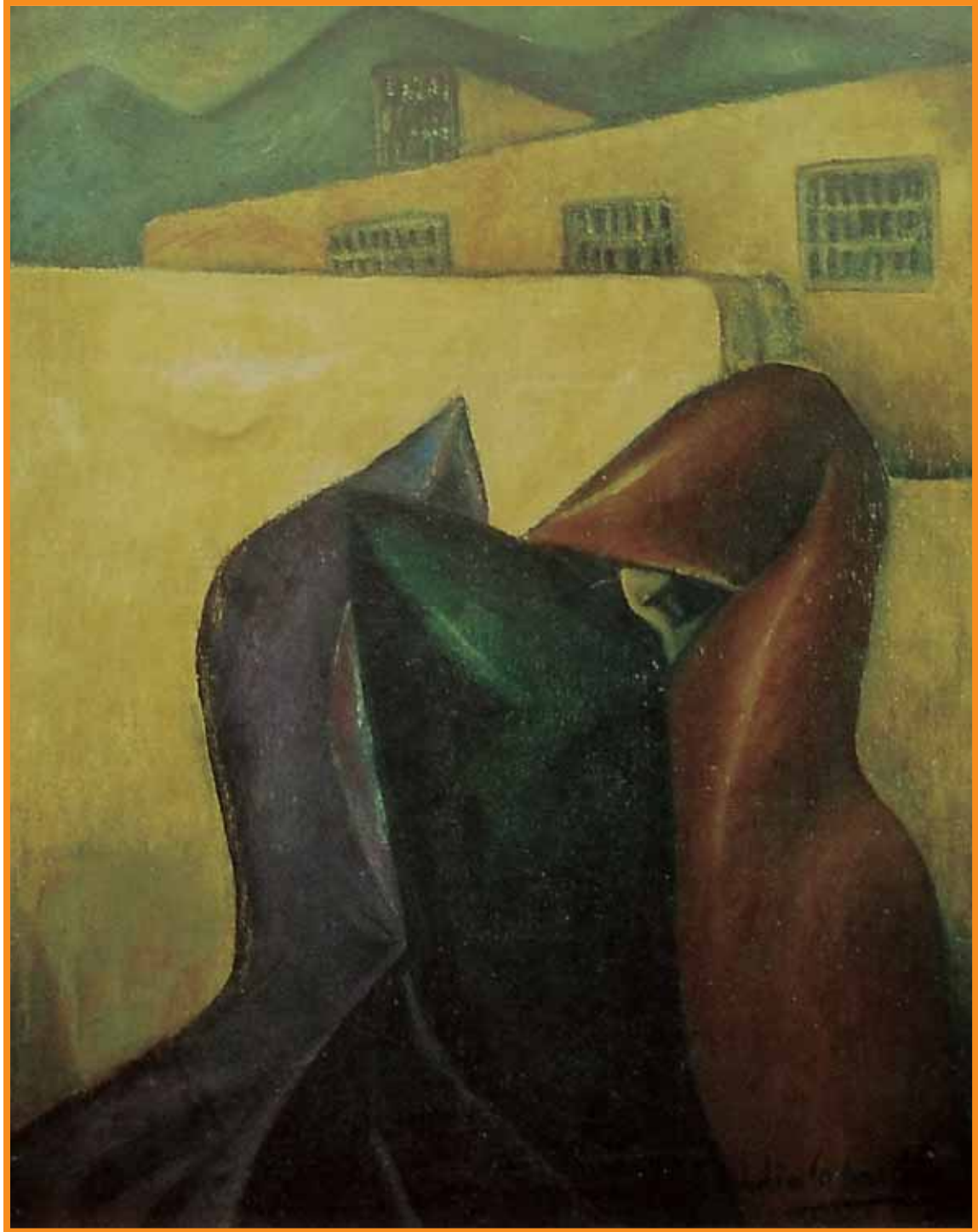
1. “El control difuso de convencionalidad. Obligación de todos los jueces y magistrados latinoamericanos, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla” – Raymundo Gil

El control difuso de convencionalidad. Obligación de todos los jueces y magistrados latinoamericanos, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla

Raymundo Gil Rendón*

Lex

* Profesor de Posgrado de la UNAM. México



Las tapadas. Colección Banco Central de Reserva del Perú.

El planteamiento del problema no es minúsculo, está en el centro del debate actual y es objeto de estudio y atención de los juristas desde que fuera tratado en el seno del pleno del Tribunal Constitucional mexicano, los días 12 y 14 de julio de 2011.

¿Existe control concentrado o difuso en nuestra Constitución? ¿Es de convencionalidad o constitucionalidad, o ambos?

La respuesta anticipada es sí, en México existen ambos controles difusos; de constitucionalidad y de convencionalidad, derivados de las reformas constitucionales de junio de 2011 y de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada a propósito del caso de Rosendo Radilla, y constituye la hipótesis a demostrar en ésta ponencia.

El objetivo de esta ponencia, presentada ante sus señorías los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Callao, Perú, es analizar las consecuencias que se derivan, en el ámbito jurisdiccional, de la reforma a la Constitución mexicana, publicada el diez de junio pasado.

Así mismo, es menester estudiar y analizar:

1. La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada del caso de Rosendo Radilla, y;

2. La trascendental e histórica sentencia del 8 de agosto de 2011, dictada por el Magistrado de la Cuarta Sala unitaria del Tribunal Superior de Justicia del estado de Nuevo León, de México, CARLOS EMILIO ARENAS, quien desaplicó (ADJUNTO COPIA), por inconstitucional, un artículo del Código Penal que tipificaba el delito de desobediencia a una instrucción de un superior jerárquico, por ser un delito en blanco o tipo abierto, contrario al principio de reserva legal (Beccaria y el principio jurídico; “Nulum poena, nullum crimen, sine lege”) y ordenó la liberación inmediata de un grupo de policías municipales, interpretando y aplicando el control de constitucionalidad y convencionalidad, y, de manera difusa, con fundamento en el primer artículo constitucional recién reformado (DOF 10 junio 2011), derivada de la

sentencia del caso de Rosendo Radilla vs. México (desaparición forzosa acontecida en 1974; “guerra sucia”), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No resulta extraño a la Constitución peruana de 1993, el control difuso de incompatibilidad de normas superiores como la Constitución y leyes secundarias, contemplado originalmente en su artículo 138, segundo párrafo al siguiente tenor:

“...En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (principios jerárquicos de supremacía constitucional y legal)”.

La posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad que tienen los jueces peruanos o Magistrados del tribunal superior, está fundado en el artículo 138 de la Constitución, y es desarrollada en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano, comentado a continuación.

El primer párrafo del artículo VI señala taxativamente que para que opere el control difuso de constitucionalidad, es imprescindible que no sea posible antes llegar a una interpretación conforme con los preceptos o principios constitucionales, incluso si no existe alguna interpretación del tribunal constitucional que esclarezca el caso concreto.

Después, por nueva ley N° 28301, se desautorizó por obra del Congreso el control difuso de constitucionalidad, más no el de convencionalidad, no puede hacerlo, porque este control deriva de los artículos primero y segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”); se desautoriza en sede legal el susodicho control de constitucionalidad, al estipular que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de constitucionalidad (artículo1).

Por el contrario, en México si existe actualmente el control difuso de constitucionalidad; es más, afirmo y sostengo que ha existido siempre en la letra de la “Carta Magna” (Art. 133 de la Constitución Mexicana), como existe en Argentina y EUA; art. VI, pero no ha sido aplicado ni permitido durante muchos años, por una indebida interpretación de la Suprema Corte de Justicia de México, al tenor de razonamientos y argumentos que citaré a continuación

No deseo abordar el tema del control de constitucionalidad en México, sin dejar de considerar lo que la doctrina constitucional peruana ha estimado sobre la dualidad del control existente en el Perú; por parte de los jueces, Magistrados y miembros del Tribunal Constitucional, aunque, por la reciente ley arriba mencionada, pareciera que el monopolio del control estaría concentrado nuevamente y en exclusiva en el Tribunal constitucional peruano.

O pregunto, por no ser experto en Derecho Constitucional peruano:

¿Ya no está autorizado el control difuso en el Perú, por mandato legal, en el Derecho Positivo?

¿No es así?

Los argumentos se pueden encontrar en las siguientes razones esgrimidas por un jurista peruano:

“...En el pasado se dieron múltiples casos donde los jueces y tribunales ordinarios, en sentencias que quedaron firmes (como el caso mexicano del Magistrado Carlos E. Arenas, 8 de agosto de 2011), resolvieron inaplicar normas cuya constitucionalidad había sido previamente confirmada por el tribunal constitucional, creando incertidumbre jurídica sobre la validez y vigencia de tales normas. Siendo que en el Perú no se contempla la “cuestión de constitucionalidad” del sistema español que remite necesariamente al Tribunal Constitucional, la apreciación y decisión definitiva sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma suscitada incidentalmente en cualquier proceso judicial, la limitación de los alcances del control difuso cuando el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado desestimando la inconstitucionalidad de una norma, aporta un mínimo de certeza y orden al sistema jurídico. También cabe considerar que, en no pocos casos, se dieron sentencias judiciales definitivas (en segunda instancia) que en procesos de amparo inaplicaron una ley por calificarla de inconstitucional, decisión que no puede llegar a revisión del Tribunal Constitucional (como acontece actualmente en México, cuando como en el caso del Magistrado Arenas, ya no cabe ningún recurso judicial, ni el amparo), pues la Constitución restringe su competencia en esta materia a los procesos con sentencia judicial denegatoria de la acción.

Por último, según el doctrinario citado, existe en el Perú una llamada dualidad del control de constitucionalidad por parte del poder judicial, a cargo del Tribunal Constitucional, ya que, según el jurista Samuel Abad Yupanqui (Código Procesal Constitucional Comentado, pgs. 40-41, 2004), la dualidad que se da es inconveniente, aunque se ve atemperada por la obligatoria interpretación conforme que deberá hacer todo juez o Magistrado, antes de declarar inconstitucional una norma (como no ocurre en México), lo cual, al decir del jurista: “atempera la inconveniente “dualidad” y falta de articulación que aún subsiste en el control de constitucionalidad, a cargo del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el modelo peruano.

En México es diferente, no hay tal dualidad, ya que actualmente existe el doble control difuso y concentrado, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, cuando se modificó la denominación del Capítulo I del Título Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –que anteriormente se llamaba “DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”–, para quedar actualmente como “DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS.”

Todos sabemos la trascendencia que tal modificación imprime a la forma de entender los derechos humanos en el Estado Mexicano, pues además de que amplía considerablemente el espectro de protección al señalar que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales del que sea parte, impone además —y esto es muy importante— la obligación de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Como podemos ver, la reforma constitucional impone la obligación a todas las autoridades del Estado Mexicano a tomar una actitud proactiva para el fomento y protección de los derechos humanos, cada una en el campo de acción en que sean competentes, lo cual traduce plenamente el propósito que tuvo el Poder Reformador para llevar a cabo dicha modificación, que es consolidar a México como un estado democrático, respetuoso de los derechos inherentes a la dignidad del hombre, siendo éste el fundamento último de la sociedad.

En lo que atañe a esta Trascendental e Histórica Reforma, me voy a permitir realizar la transcripción del artículo 1º de la Constitución, reformado.

“Art. 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(ADICIONADO, D.O.F. 14 DE AGOSTO DE 2001)

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE JUNIO DE 2011)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Particularmente, el tercer párrafo del precepto anterior adquiere trascendencia para la labor jurisdiccional que desarrollamos, pues refiere que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Obviamente, para los órganos que desarrollan funciones materialmente jurisdiccionales, la obligación anterior implica que al emitir sus resoluciones, deben ser respetuosos de los derechos fundamentales previstos en la Carga Magna o en los tratados internacionales que haya signado nuestro país en esta materia.

El problema con el postulado constitucional en análisis, se podría suscitar cuando alguna norma de derecho interno, ya sea federal o local, resulta contraria a alguno de los derechos humanos que se prevea un tratado internacional.

En un primer acercamiento al problema descrito, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tendría la disyuntiva de determinar si aplica o no la norma nacional, en aras de privilegiar el derecho humano previsto en el instrumento internacional.

Sin embargo, tal postura es contraria a diversos criterios que ha sostenido la Suprema Corte, respecto del sistema de control constitucional que se encuentra instituido en nuestra Norma Fundamental.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente número 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de siete de septiembre de dos mil diez, dictada en el diverso cuaderno de Varios 489/2010, relacionado con la sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, hizo un pronunciamiento de la mayor relevancia para el tema que ahora tratamos.

Los planteamientos esgrimidos en contra de que los órganos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales realicen un control de convencionalidad, se fundaron en lo previsto en el artículo 1º de la Constitución, respecto a que los jueces mexicanos deben interpretar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia indivisibilidad y progresividad.

En principio, pudiera dudarse que puede hacerse el control difuso de convencionalidad al amparo de los principios de derechos humanos incluidos en la reforma constitucional, pero conforme a su estricta competencia, el principio *pro personae* y la Suprema Corte han asumido la existencia de un doble control; de constitucionalidad y de convencionalidad difusos, que son aplicables a todos los jueces y Magistrados locales y federales en México, tomando como base y fundamento los principios y las garantías de los derechos humanos.

En un principio la Suprema Corte no autorizó el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad de los jueces locales, se precisó entonces que de concederse el poder de inaplicación de leyes a los jueces del fuero común, a través del control de convencionalidad, se les estaría colocando en una posición institucional que no les corresponde, pues se rompería la lógica de la división de poderes y del federalismo.

Se dijo que el artículo Constitucional 133 impone a los jueces locales privilegiar la aplicación del derecho federal y el derecho de los tratados por encima del derecho local y nada más, pero en ningún momento autoriza a desaplicar leyes federales, por lo cual un control difuso de leyes federales, sería contrario al propio artículo.

Al respecto, se añadió que un control difuso de constitucionalidad aparejaría consecuencias nocivas para el sistema federal, pues se arrojaría a los jueces del orden común una atribución que no les corresponde como es la inaplicación de leyes federales, a través del control difuso de convencionalidad.

Según la doctrina y la jurisprudencia mexicanas, no hay un criterio uniforme ni coincidente sobre éste tópico.

El Ministro José Ramón Cossío estudió la interpretación del artículo 133 de la Carta Magna, utilizando el método histórico, por lo que terminó esgrimiendo argumentos interpretativos de tipo histórico. Se puede concluir que la jurisprudencia de la Suprema Corte no ha sido consistente en determinar si existe o no en el texto de la Constitución “el control difuso”.

Por otro lado, doctrinalmente, consideramos que sí existe el control difuso bajo el sustento y en base al análisis del método histórico-genético y gramatical, con los siguientes argumentos:

Conforme al método histórico y genético, el “control difuso” tiene un origen fidedigno en

nuestro país, en razón de que el párrafo segundo del artículo constitucional 133 fue tomado del principio y precepto del artículo 126 de la Constitución de 1857; y éste a su vez del artículo 6º de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Bajo el método gramatical sí existe el control difuso, porque literalmente el párrafo segundo de dicho numeral dice textualmente: "...Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados ("Bloque de constitucionalidad"), a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las sus Constituciones o leyes de los Estados."

En consecuencia, "el control difuso" tiene vigencia en la letra de la Constitución desde hace 94 años, aunque sin aplicarlo en la práctica; ahora la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso Rosendo Radilla, está obligando a la Suprema Corte a determinar los alcances del "control difuso de convencionalidad".

Según la reciente interpretación del 12 y 14 de julio de 2011, nuestro Tribunal Constitucional mexicano, en votación mayoritaria, ha ratificado lo que ya existe en nuestra Constitución desde 1917; que sí existe el control de constitucionalidad y de convencionalidad de manera difusa; y que también comprende el control difuminado para todos los jueces del control de constitucionalidad. En el Perú, parece que esta facultad se ha reservado al Tribunal Constitucional, que hasta hoy puede aplicar el control concentrado de constitucionalidad, pero sostengo que también le es aplicable el control de convencionalidad derivado de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana, y de la sentencia del caso Rosendo Radilla.

La discusión se centró en que si era obligatoria para todos los jueces y autoridades del país, con fundamento en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el famoso caso Rosendo Radilla, el control de convencionalidad y de manera difuminada, esto es difusa, y para todos los jueces; se concluyó que sí y que dicho criterio era vinculante;

Que, además, con las reformas constitucionales en vigor desde el 10 de junio de 2011, existe una nueva forma de interpretación conforme al texto de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos;

Existe un nuevo parámetro de interpretación más favorable a la persona, con fundamento en el principio "pro persona", introducido en el artículo primero, párrafo tercero de la Constitución;

Que, en virtud y como consecuencia de los argumentos y razones anteriores, todos los jueces y autoridades administrativas están obligadas a aplicar el "bloque de constitucionalidad" (según Rubio Llorente está formado por las disposiciones, principios y valores, que son materialmente constitucionales, pero que no están formalmente escritos en la Constitución);

Y, así mismo, del principio más favorable a la persona humana;

Por ende, concluyo que sí existe el “control difuso” en nuestro texto constitucional, como lo determinó la Suprema Corte en ambas materias: de constitucionalidad y de convencionalidad.

Los alcances de dicho criterio, obligatorios para México, son los siguientes:

Que todos los jueces formal y materialmente jurisdiccionales, federales y estatales, están obligados al “control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad”;

Por la misma razón, todos los jueces formalmente administrativos, pero materialmente jurisdiccionales, también tienen la obligación, ahora constitucional, al tenor del artículo primero de la Constitución, de aplicar la interpretación conforme y “el control difuso de convencionalidad”;

Que todas las autoridades administrativas también están obligadas por la Constitución y la interpretación de la Suprema Corte, a la aplicación del “control difuso de convencionalidad”, favoreciendo únicamente a la persona humana, seleccionando la norma más favorable a ella, SIN DECLARAR LA INAPLICABILIDAD NI INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNA DE ELLAS;

Que dicha obligación constitucional deriva directamente del nuevo rostro de la Constitución, cuando dispone que: “...Todas las autoridades deberán respetar, investigar, proteger, garantizar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos...”

Que ahora, como ayer en la Constitución de 1857 conforme a su artículo primero, los Derechos Humanos se “reconocen”, es decir, no se otorgan, lo cual reivindica el carácter humanista de nuestra Constitución.

Que estamos ante un nuevo paradigma constitucional; la “persona humana”, como centro de imputación normativa de nuestro sistema jurídico y político, y ya no el estado autoritario; ahora el nuevo juez es demócrata constitucional.

Que adoptamos el título primero de la Constitución de 1857: “De los Derechos del Hombre”; ahora, “De los Derechos Humanos”. Así se reivindica históricamente el carácter garantista de nuestra Constitución mexicana.

Adoptamos como principio rector de interpretación; la norma más favorable a la persona, tomada de los principios, valores y disposiciones constitucionales y el “bloque de constitucionalidad”;

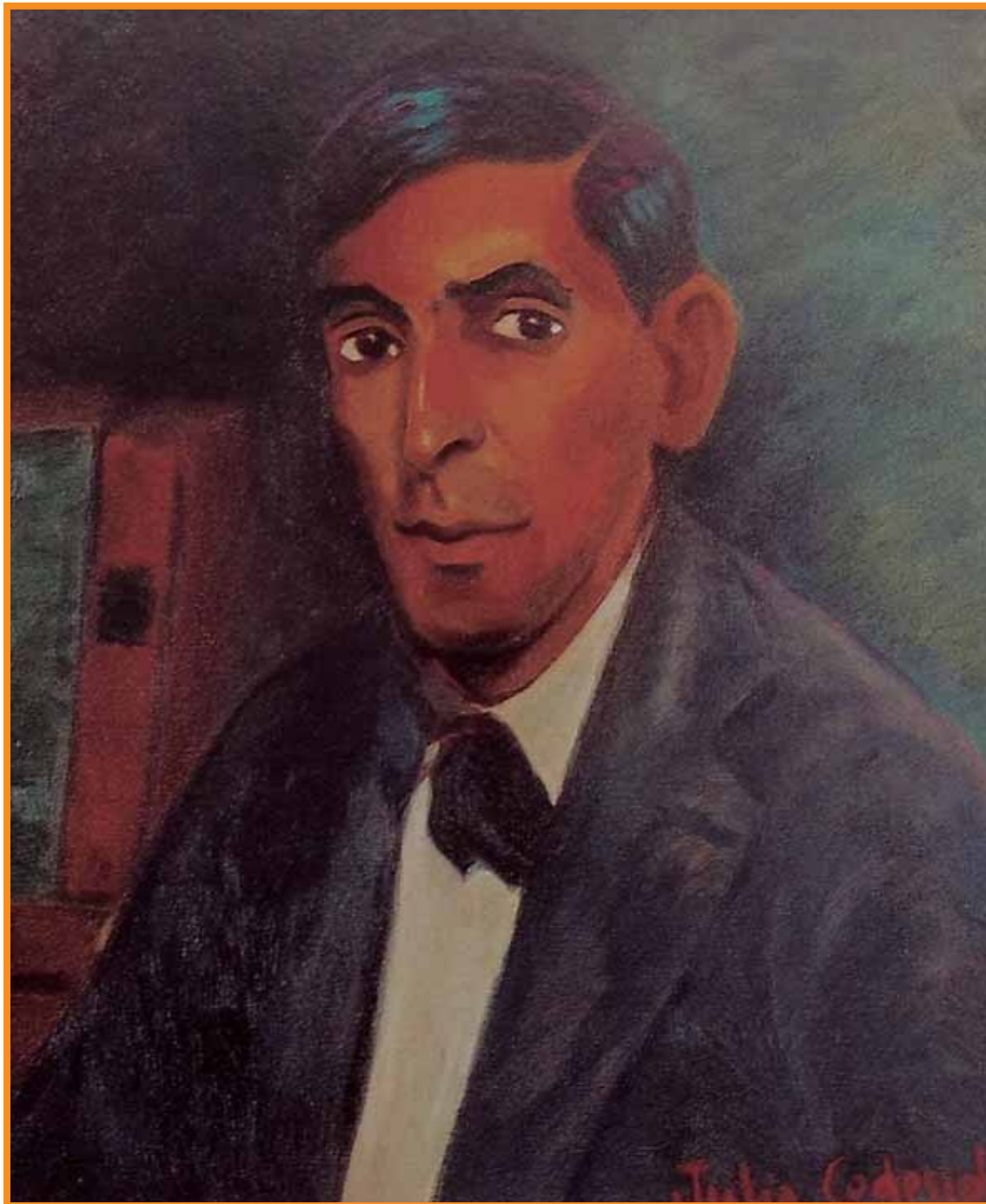
Entramos en la era del nuevo Estado constitucional del derecho y abandonamos el “Estado paleopositivista” (Luigi Ferrajoli);

Ahora estamos en presencia y tránsito a un estado “garantista”, que tutele de manera efectiva los Derechos Humanos: un nuevo “Estado constitucional de Derecho”.

Estamos ante un nuevo reto y la asunción de un “paradigma constitucional”; el cumplimiento efectivo de nuestra Constitución, como base y fundamento de la supremacía constitucional y la primacía del “control difuso de convencionalidad”.

Nos queda a los operadores e intérpretes jurídicos; abogados y jueces, asumir las exigencias de la Sociedad, en la que reside efectivamente la soberanía de la nación; por ella debemos de esmerarnos en cumplir plenamente la Constitución y la tutela efectiva de los derechos humanos.





Retrato de José Carlos Mariátegui. Colección particular.

UNIDAD II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL ROL DEL JUEZ

2. “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales” - Néstor P. Sagües

El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales

Sagüés, Néstor P.

Publicado en: LA LEY 19/02/2009, 1

SUMARIO: 1. Introducción. Formulación del principio. - 2. De "una especie de control", al "control" liso y llano. - 3. ¿Quién debe realizar el control de convencionalidad? - 4. ¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad? - 5. El material normativo controlado. - 6. El material normativo controlante. - 7. Los efectos del control. - 8. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. - 9. La interpretación de la Constitución "conforme" con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. - 10. El futuro del control de convencionalidad. - 11. Recapitulación. - 12. El control de convencionalidad practicado por la propia Corte Interamericana.

1. Introducción. Formulación del principio

En el escenario latinoamericano, la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", del 26 de septiembre de 2006, definió, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, el "control de convencionalidad" [\(1\)](#).

Conviene transcribir literalmente, primero, el texto del veredicto, tal como surge del considerando 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 obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*.

El considerando 125 agrega un dato complementario: *"En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que, '(s)egún el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969"*.

La doctrina fue repetida, sin mayores variantes, en los casos "La Cantuta vs. Perú", sentencia del 29 de noviembre de 2006, consid. 173, y "Boyce y otros vs. Barbados", del 20 de noviembre de 2007, consid. 78. Pero en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, consid. 128, la Corte Interamericana formuló algunas especificaciones y adiciones. Allí dijo: *"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces 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 pertinentes. 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 supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones"*.

Más recientemente, en "Fermín Ramírez" y "Raxcacó Reyes vs. Guatemala" (considerando 63), del 9 de mayo de 2008, se volvió a ratificar esta doctrina.

Cabe detenerse en el análisis de los distintos subtemas que plantean estos pronunciamientos, que deben enlazarse entre sí para lograr una interpretación conjunta del "control de convencionalidad". Desde ya cabe anticipar que el criterio de la Corte Interamericana no es siempre lineal o uniforme.

2. De "una especie de control", al "control" liso y llano

Liminarmente, cabe constatar que, mientras en "Almonacid Arellano vs. Chile", la Corte habla de "una especie de control de convencionalidad", en "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú" alude directamente al control de convencionalidad. En la última sentencia, en síntesis, el instituto de referencia es presentado, sin más, como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. ¿Quién debe realizar el "control de convencionalidad"?

Aparentemente, la Corte Interamericana encomienda el control de convencionalidad a los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento "a fortiori", llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el "efecto útil" del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder.

El mensaje de "Trabajadores cesados del Congreso" parece indicar que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control.

El asunto puede no ofrecer problemas en una nación que posea un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo juez es competente para ejercitar tal revisión. Ahora bien: ¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial no habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, solamente a su Corte Suprema, o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema? (control total o parcialmente concentrado: con ciertas variantes, casos del Uruguay, o de Costa Rica, v. gr.).

Aunque la Corte Interamericana no resuelve explícitamente la incógnita, la misma sentencia de "Trabajadores cesados del Congreso" alude a la satisfacción de los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, para practicar el control de convencionalidad. Cabría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de convencionalidad, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.

4. ¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad?

La sentencia dictada en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" aclaró el fallo "Almonacid Arellano", en el sentido que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio; esto es, por la propia iniciativa del juez. Al respecto, habla expresamente de un "deber" de practicar tal revisión.

Tal lineamiento es, naturalmente, de honda significancia. Si debe ser ejercitado de oficio, y si siempre corresponde asegurar el "efecto útil" de la Convención Americana sobre derechos humanos, una consecuencia de ello es que el control podría practicarse hasta el momento mismo en que el juez debe resolver la litis donde debiera aplicarse la norma opuesta al Pacto, a fin, precisamente, de inaplicarla.

5. El material normativo controlado

En principio, las dos sentencias clave que citamos ("Almonacid Arellano" y "Trabajadores cesados del Congreso"), someten al control de convencionalidad a las *leyes* incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica. Pero también refieren a las normas jurídicas internas, o simplemente a las normas internas, que se encuentren en igual situación de confrontación.

Por ello, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma*, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de "La última tentación de Cristo", por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después. Volvemos sobre el asunto infra, en el párrafo 8.

6. El material normativo controlante

El "control de convencionalidad", como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sobre las reglas locales que se le oponen.

Ahora bien: es profundamente importante advertir que la Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas. En otras palabras, el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, *más* la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana. De hecho, esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado [\(2\)](#).

Pero además, las sentencias que comentamos se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado "...un tratado *como* la Convención Americana" (la bastardilla es nuestra). La doctrina, pues, se aplicaría con relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante.

Queda la incógnita de determinar si en verdad la Corte Interamericana ha querido concientemente proyectar la teoría del control de convencionalidad a cualquier tratado, como se desprende de algún voto del tribunal [\(3\)](#). Es un punto que merecería en el futuro una clara explicitación. En principio, a la Corte Interamericana no le toca tutelar a otros tratados, fuera del Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado.

7. Los efectos del control

El objetivo del "control de convencionalidad" es determinar si la norma enjuiciada a través de la Convención es o no "convencional" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Boyce y otros vs. Barbados", considerando 78). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar "inconvencional". Dicha "inconvencionalidad" importaría una causal de invalidez de la norma así descalificada, por "carecer de efectos jurídicos". La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado [\(4\)](#).

Aparentemente, el "control de convencionalidad" es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos *inter partes*. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza.

Una duda emerge si el órgano que realiza el control de convencionalidad posee, según el derecho constitucional del país del caso, y en materia de control de constitucionalidad, competencia para abolir o derogar a la norma inconstitucional. ¿Podría en tal caso nulificar o derogar *erga omnes* a, por ejemplo, una ley "inconvencional"?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha aclarado este subtema. Formalmente, a ella le basta con que, en el caso puntual, no se efectivice la norma local opuesta a la Convención Americana, reputada "inconvencional" por los jueces domésticos. Sin embargo, si el órgano control de constitucionalidad, por semejanza a sus funciones en la materia, tiene en el país del caso autoridad para derogar a la regla inconstitucional, desde luego que el sistema interamericano no se ofendería si también elimina, por analogía y con resultados *erga omnes*, a la norma "inconvencional".

8. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

En una primera aproximación, se puede afirmar que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica.

Tienen en común manejar —en el fondo— un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto: la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré (v. cita 4), "paralizada" (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto). Si se desea, desde otra perspectiva, puede constatarse que en tanto que el pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (téngase presente, una vez más, el caso "La última tentación de Cristo") (5). en cambio la Constitución no puede válidamente lesionar al pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas.

Por todo ello, también en principio, una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad, y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable.

Esto, como regla. Sin embargo, pueden darse situaciones especiales. Supóngase que una ley que viole la Constitución nacional, pero coincida con el Pacto de San José. Tómese, siempre como conjetura, el caso del derecho de réplica, rectificación o respuesta, expresamente enunciado en el Pacto (art. 14), pero hipotéticamente negado por una constitución (6). Si se dictara allí una ley reglamentaria del mismo, ella resultaría inconstitucional, pero en cambio, sería "convencional". Como aquella cláusula constitucional negatoria de un derecho de fuente convencional padecería de "inconvencionalidad", la ley reglamentaria del derecho, en el caso presunto que comentamos, concluiría válida, por la superioridad del Pacto sobre la Constitución, conforme la doctrina del "control de convencionalidad" (7).

De esto podría desprenderse la siguiente consecuencia: la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto.

En síntesis, el "control de convencionalidad" se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un "control de supraconstitucionalidad", quiéraselo o no llamar así.

9. La interpretación de la Constitución, "conforme" con la Convención Americana de Derechos Humanos

Si se acepta la premisa señalada en el último párrafo, no solamente habría que reputar inválidas (por "inconvencionales") las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino que también deberían, en todo lo posible, interpretarse "de acuerdo", o "de conformidad" a dicho Pacto. Ello es así por analogía con la doctrina de la interpretación de las normas subconstitucionales, con la Constitución [\(8\)](#).

Consecuentemente, si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana de derechos humanos. *A contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana.

Mediante el uso de la interpretación "conforme", el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por "inconvencionalidad", de normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione para aplicarlas, sus interpretaciones posibles "conformes" con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención.

10. El futuro del control de convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una fuerte apuesta al formular, en términos bastante duros, la doctrina del control de convencionalidad.

Cabe vaticinar que no será fácil la aceptación incondicional de esa tesis, por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales. Por ejemplo, sostener la invalidez de las reglas constitucionales domésticas opuestas al Pacto, con más el deber de inaplicarlas *ex officio* en el perímetro nacional por los propios jueces locales, provocará cortocircuitos de no rápido arreglo.

Siguiendo a Konrad Hesse [\(9\)](#), cuando discurre sobre la fuerza normativa de la Constitución, podría sostenerse que el éxito de la doctrina del control de convencionalidad dependerá de dos factores:

a) por un lado, de la efectivización sensata, prudente y legítima que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos de tal doctrina. Antes de pronunciar la "inconvencionalidad" de, por ejemplo, una regla constitucional nacional, la Corte de referencia deberá agotar todos los recursos útiles para interpretarla conforme con la Convención americana de derechos humanos. Y solamente en supuestos de palmaria e insalvable colisión deberá declararla inconvencional. De haber dudas, no es viable tal condena. Por último, como señala Humberto Nogueira Alcalá, la legislación nacional debe presumirse acorde con el derecho convencional, "salvo cuando exista una incompatibilidad directa e insuperable entre ambos" [\(10\)](#).

Otro indicador de la subsistencia o crisis de la doctrina es tributario del *contenido intrínseco* de las sentencias de la Corte Interamericana. Si las interpretaciones que ella haga del Pacto de San José resultan acertadas y cuentan con una convincente dosis de legitimidad, el peso axiológico de tales exégesis provocará aceptación y consenso. En cambio, si dichas interpretaciones suscitan disconformidad y cuestionamientos, ya por sus defectos jurídicos, ya por una eventual manipulación ideológica del derecho de los derechos humanos, ya por ignorar las posibilidades y límites de la realidad, los parámetros que así establezca la Corte Interamericana debilitarán el control de convencionalidad que ella procura exigir. Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional [\(11\)](#). Tal contemplación, que evita autismos normativos o "internacionalismos salvajes" (como alguna vez se los denominó), afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica.

b) el buen suceso de la doctrina del control de convencionalidad está condicionado, igualmente, por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos. En el caso de Argentina, la Corte Suprema de Justicia prestó una adhesión explícita a aquella

doctrina, en "Mazzeo" (12). Pero habrá que examinar con detenimiento cuál es la actitud de las demás cortes, salas y tribunales constitucionales del subcontinente.

11. Recapitulación

La doctrina del "control de convencionalidad", bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos.

Para afirmarla en el futuro, bueno es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encuadre con mayor corrección y que cuide la calidad y prudencia de sus veredictos. Solamente en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales.

12. El control de convencionalidad practicado por la propia Corte Interamericana

Hasta el momento se ha discurrecido acerca del "control de convencionalidad" como un deber de los jueces nacionales, según las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero ella también lo practica materialmente, cuando reputa incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica a ciertas cláusulas constitucionales (recuérdese, v. gr., "La última tentación de Cristo", cit. en nota 5), o leyes nacionales opuestas al Pacto.

Últimamente se ha advertido, con agudeza, que en ciertos veredictos ("La Cantuta vs. Perú", v. gr.), la Corte Interamericana habría incluso nulificado normas nacionales, como leyes de amnistía, con efectos erga omnes, comportándose así como un verdadero Tribunal Constitucional nacional (13). Aunque profundizaremos esta temática en otro estudio, cabe anticipar que una competencia derogatoria de reglas domésticas no está contemplada por el Pacto de San José de Costa Rica, e importaría, de consolidarse en el futuro, otra interpretación mutativa por adición del Pacto, por cierto que muy cuestionable. Una cosa es que la Corte Interamericana repunte jurídicamente inválidos a esos preceptos, y resuelva inaplicarlos por infringir el Pacto, y otra, que esté habilitada para abolirlos. Felizmente, la sentencia pronunciada en el caso que citamos solamente parece inclinarse a sostener que, en general, los poderes públicos del Perú no deben aplicar las normas de amnistía incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(A) (*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(1) Sobre el tema, ver HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la corte interamericana de derechos humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", en LA LEY, 2008-E, 1169; ALBANESE, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en Albanese Susana (Coord.), "El control de convencionalidad" (Buenos Aires, 2008), Ed. Ediar, pág. 22 y sigts., con mención de los antecedentes en el derecho comunitario europeo y mención del libro de SUDRÉ, F., "A propos du "dialogue de juges" et du controle de conventionnalité" (París, 2004), Ed. Pedone, pág. 207, entre otros. El caso "Almonacid Arellano" puede leerse por ejemplo en "Revista de Derecho" (Montevideo, 2007), Universidad Católica del Uruguay, N° 02, pág. 217 y sigts.

(2) Respecto a la interpretación constitucional mutativa, por adición, sustracción o mixta, nos remitimos a SAGÜES, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", 2ª. ed. (Buenos Aires 2006), Ed. Lexis-Nexis, pág. 42 y sigts. Respecto al tema que nos preocupa, Hitters advierte, con razón, que ninguna cláusula del Pacto de San José confirió efectos vinculantes a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, más allá del caso concreto. Ver HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos...?", ob. y pág. cit.

(3) Así, el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el caso "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", donde estima que la misma función de control de convencionalidad puede expandirse, aparte del Pacto de San José de Costa Rica, a instrumentos como el Protocolo de San Salvador, la convención de

Belem do Pará para la erradicación de la violencia hacia la mujer, Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, etc., en aras de lograr que haya conformidad entre los actos internos de un Estado, y los compromisos internacionales contraídos por él. Ver Salinas Pablo G., Cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH a la luz del caso Penitenciarías de Mendoza, en Albanese Susana (Coord.), El control de convencionalidad, ob. cit., pág. 236.

(4) En el sentido que los jueces nacionales deben abstenerse de aplicar las normas locales opuestas a la convención, en base al control de convencionalidad, ver recientemente los casos Ramírez y Raxcacó, del 9 de mayo de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando 63.

Por su parte, F. Sudré estima que el resultado del control de convencionalidad, cuando descalifica a la norma opuesta a la Convención, significa "paralizar la aplicación de una ley aun cuando ella haya sido juzgada conforme a la Constitución...". Cfr. SUDRÉ, F., "Droit européen et international des droits de l'homme", 7ª. ed., Presses Universitaires de France (París, 2005), pág. 198 y sigts., cit. por ALBANESE, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional..." ob. cit., pág. 23. La referida "paralización" equivale jurídicamente, nos parece, a una "inaplicación", concepto éste más preciso en derecho. En cuanto que el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana de derechos humanos, ver también LUCCHETTI, Alberto J., Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad, en ALBANESE, Susana, "El control de convencionalidad", ob. cit., pág. 144.

(5) García Ramírez Sergio (Coord.), "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (México, 2001), UNAM - Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 764/7.

(6) En Argentina, algunas constituciones provinciales han prohibido el ejercicio del derecho de réplica. Ver SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Censura judicial y derecho de réplica" (Buenos Aires 2008), Ed. Astrea, pág. 149.

(7) Esta situación no debe llamar a asombro, ya que registra antecedentes en materia de control de constitucionalidad. Por ejemplo: si una ley negase arbitrariamente un derecho a determinados sujetos, vulnerando el principio de igualdad (por ejemplo, al denegar el beneficio de las jubilaciones a los ciudadanos provenientes de determinado Estado), resultaría inconstitucional; mientras que el decreto reglamentario de la referida e hipotética ley, que otorgase en cambio la jubilación a todos, omitiendo la cláusula legal restrictiva, pese a violar la gradación jerárquica ley-decreto, resultaría de todos modos constitucional, y correspondería aplicarlo, por hacer prevalecer el principio constitucional de igualdad frente a la ley que lo infringía.

(8) Cfr. DÍAZ REVORIO, F. Javier, "La interpretación constitucional de la ley" (Lima, 2003), ed. Palestra, passim.; PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", (Madrid, 1984), ed. Tecnos, pág. 282.

(9) KONRAD, Hesse, "Escritos de derecho constitucional", trad. por Pedro Cruz Villalón (Madrid, 1983), Centro de Estudios Constitucionales, pág. 68 y sigts.

(10) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano", en "Revista de Derecho", Universidad Católica del Uruguay, ob. cit., pág. 177.

(11) Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", ob. cit., pág. 222 y sigts.

(12) Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Jurisprudencia Argentina" 2007-III-573, considerando 21.

(13) HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos...?" ob. y pág. cit.

UNIDAD II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL ROL DEL JUEZ

3. “El valor de la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos” – George Rodrigo Bandeira

UNIDAD III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL

1. “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos fundamentales” – Marcos Agustín Villanueva.



**Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados
"DEMOCRACIA Y DERECHOS"
31 de mayo y 1º de junio de 2012**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales.

por Marcos Agustín Villanueva

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es sin lugar a dudas la base más importante del Sistema Interamericano, ya que los Estados partes en esta se han comprometido 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.

La influencia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los países que se encuentran sujetos a este régimen ha sido desde sus orígenes muy importante e influyente.

En los tiempos que corren, sería irracional imaginar el resguardo del sistema de derechos, sin pensar en la idea de que la convencionalidad debe ir de la mano a la constitucionalidad, donde se tendrían en cuenta no solo los derechos fundamentales consagrados en nuestra fuente interna, sino también aquellos que están consagrados en la externa, donde además, el margen de apreciación por parte de cada ordenamiento jurídico interno debiera de ser llevado a cabo de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos ya reconocidos internacionalmente.

I.- Introducción

Tratare de esbozar, en un primer término cuales son desde sus orígenes, las funciones que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte, o la Corte IDH), mencionando cuales son las características principales que hacen a sus funciones contenciosa y consultiva.

Desarrollare como se ha llevado a cabo el reconocimiento por parte de nuestro país de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a partir de ahora, la CADH), también llamada Pacto de San José de Costa Rica.

Luego de reconocer la competencia de la Corte IDH, surgirá claramente la necesidad de que nuestros magistrados al momento de administrar justicia no solo tengan en cuenta los preceptos incluidos en la Constitución Nacional, sino que además realicen el llamado control de convencionalidad, lo que significa hacer una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Marcare cuales son las diferencias existentes entre el control de constitucionalidad, que es el que realizan los organismos judiciales internos para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y, el control de convencionalidad, teniendo en cuenta que si ese cuerpo declara no convencional un determinado precepto doméstico el país debe inmediatamente adaptar su legislación interna incluyendo su propia Constitución bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal, conforme lo establece los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

Finalmente y teniendo en cuenta la jurisprudencia local e internacional, marcare la importancia y la relación que tienen –a pesar de las dificultades que en reiteradas oportunidades les ocasiona a los órganos del poder judicial- la idea del control de convencionalidad donde el margen de apreciación necesariamente debe ser llevado a cabo por cada uno de los jueces que representan los distintos ordenamiento jurídicos internos de los Estados, de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos y los derechos humanos más fundamentales, que tanto nuestro país como otros tantos han reconocidos internacionalmente.

II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica se abrió a firma, ratificación y adhesión la CADH, además de que se previó con amplitud y precisión los derechos humanos, se confió su promoción y control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su protección jurisdiccional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) ya había sido creada desde 1959, por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959. El Consejo de la Organización de

Estados Americanos (en lo subsecuente, la OEA), aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960. El 29 de junio de ese año el Consejo eligió a los primeros siete miembros de la Comisión, por lo que el 3 de octubre de 1960 la Comisión se instaló formalmente en su sede permanente en Washington.

Entre otras funciones, la Comisión tiene las de recibir las peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquiera de los derechos reconocidos en la CADH si determina que es admisible la petición o comunicación, realiza un examen del asunto y, si es necesario, lleva a cabo una investigación. Con base en el examen, investigación e informes del Estado interesado, debe procurar una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención. La comisión prepara un informe en el que expondrá los hechos, sus conclusiones y recomendaciones, que hace del conocimiento del Estado interesado. En caso de que las recomendaciones no sean aceptadas por el Estado, la Comisión podrá someter el caso a la decisión de la Corte (artículos 41, inciso f, 45, 46, 47 y 48 de la CADH).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a la Convención por un Estado parte (artículo 44).

La Corte IDH, fue creada por el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Este tribunal supranacional se integra por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad (artículo 52).

Los jueces de la Corte son elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados parte en la Convención, en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados (artículo 53.1). Los jueces de la Corte son elegidos para un periodo de seis años y solo podrán ser reelectos una vez (artículo 54.1).

La Convención entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, por lo que fue hasta el 22 de mayo de 1979 cuando fueron electos los primeros siete jueces de la Corte. Desde el 20 de noviembre de 1978 los Estados partes de la Convención señalaron como sede permanente de la Corte, San José de Costa Rica, donde se instaló desde el 3 de septiembre de 1979.

1. Competencia de la Corte IDH.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH¹ este tribunal supranacional tiene a su cargo el ejercicio de una función jurisdiccional y de otra de carácter consultiva: la primera se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, y la segunda por las disposiciones del artículo 64 de la misma Convención.

¹ Aprobado mediante resolución No. 447 de la Asamblea General de la OEA, en su noveno período de sesiones, celebrada en la Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

a. Competencia consultiva.

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. Asimismo, también podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos que se encuentran enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. (64.1)

Al emitir su opinión consultiva OC 1/82, la Corte hizo una interpretación muy amplia de lo que debe entenderse por “otros tratados”. En esa ocasión la Corte expuso lo siguiente: *“De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.”*². En palabras del Dr. Germán Bidart Campos esta opinión consultiva, nos da, el testimonio, de que el arco normativo del sistema interamericano de derechos humanos es muy amplio y muy abierto. Esto es así, dado que, *“el plexo normativo de derechos, de fuente internacional y de fuente interna, enriquece potencialmente al sistema, y obliga a interpretarlos siempre con tendencia a buscar, encontrar y aplicar la norma que desde cualquier fuente apta, responde al principio –pro homine-; o sea, al principio de mayor favor para la persona cuyos derechos o libertades se trata de interpretar, y también de aplicar.”*³

Entre los principales instrumentos de nuestra región que pueden ser objeto de la función consultiva de la Corte, podemos mencionar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Carta de la Organización de los Estados Americanos; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ambas de Belém do Pará, de 1994; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención contra el Terrorismo, de 2002.

² Opinión Consultiva OC-1/82 del 24/09/1982 “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH). Solicitada por Perú

³ BIDART CAMPOS, Germán, *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Tomo I, p. 65.

b. Competencia contenciosa.

La Corte IDH ejerce la función jurisdiccional a través de su competencia contenciosa, cuando algún Estado parte o la Comisión deciden someterle un caso sobre violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o bien por convención especial (artículos 61.1 y 62.3 de la CADH).

Además para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que se haya seguido el procedimiento ante la Comisión, que regulan los artículos 48 a 50 de la CADH, y que se hayan interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional (artículos 46.1, inciso a, y 61 del Pacto de San José).

La función jurisdiccional de la Corte se desarrolla a través de un proceso, que se compone de un procedimiento escrito y de otro oral. El procedimiento escrito corresponde los actos a través de los cuales se determina el contenido del litigio: sometimiento del caso por la Comisión o por un Estado parte, examen preliminar del sometimiento del caso, escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, contestación del Estado y excepciones preliminares. (artículos 34 a 44 del Reglamento de la Corte IDH). El procedimiento oral se integra por las audiencias a través de las cuales se practican las pruebas (artículos 45 a 55 del Reglamento mencionado).

El fallo de la Corte, que debe ser motivado, es definitivo e inapelable. Solo se prevé que, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará, a solicitud de cualquiera de las partes presentada dentro de los 90 días siguientes a su notificación. Los Estados partes de la CADH asumieron la obligación de cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes, así como a que la parte del fallo que disponga una indemnización compensatoria se ejecute en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículos 66 a 69 de la CADH).

II. Introducción de la Republica Argentina al sistema interamericano: El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH.

Fue el 27 de marzo de 1984, con la entrada en vigencia de la ley 23.054 que la Argentina reconoció –en su art. 2– la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

Resulta necesario para poder analizar cómo el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno, realizar un análisis jurisprudencial de las distintas posturas que a lo largo del tiempo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de ahora, CSJN) ha ido adoptando.

El primer indicio de esta injerencia, se da antes de la reforma de 1994, más precisamente en 1992, cuando la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich⁴ falló: "*Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*". En este fallo, además, la CSJN reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Dos años más tarde y llegada la reforma constitucional del año 1994, donde se produjo el reconocimiento de la jerarquía constitucional de manera directa a diez instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros "tratados y convenciones" sobre la misma materia, consagran de esta manera, una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, la reforma de 1994 estableció una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio respecto de las citadas normas.

Dichos instrumentos incorporados expresamente en nuestra norma fundamental gozan de jerarquía constitucional, lo que significa, que, si bien no forman parte del texto de nuestra Constitución Nacional (en adelante CN), conforman juntos el —Bloque de Constitucionalidad Federal—.

Podría decirse así, que en la cúspide, donde anteriormente reinaba de forma exclusiva y absoluta la CN, ahora los instrumentos internacionales pasan también a tener su misma jerarquía.

Como apreciaremos a continuación, nuestro máximo tribunal no siempre mantuvo el mismo criterio, sino que éste ha ido variando con el paso del tiempo, así y una vez sancionada la reforma de 1994, la CSJN sostuvo que: "*la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*".⁵

Nuestro máximo tribunal en esta mención, advierte sobre la posible responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional ante el supuesto de incumplimiento a los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso Acosta⁶, la CSJN denota un franco retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de

⁴ CSJN en Ekmekdjian c. Sofovich, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21, Fallos: 315:1492.

⁵ HITTERS, Juan Carlos, "*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad*" artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2008-E, 1169, punto II B.

⁶ CSJN en "Acosta", sentencia del 28 de diciembre de 1998, considerando N° 6, Fallos 321:3564

la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

Finalmente, en su nueva composición, la CSJN inicia una nueva etapa en el reconocimiento de la jurisprudencia internacional con el caso Espósito⁷, donde sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por el supremo tribunal nacional, cuando en un primer momento se refería a una "guía", y ahora a una —imprescindible- pauta de interpretación.

III. La necesidad de realizar el “control de convencionalidad”. Análisis jurisprudencial.

En primer lugar, desarrollaré la postura que el máximo tribunal internacional ha tenido en estos últimos 5 años con relación al tema traído a estudio.

En septiembre de 2006, la Corte IDH consagró en el caso Almonacid Arellano⁸ Que los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de estas disposiciones.

Dos meses después, en la sentencia dictada en Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú⁹ la Corte IDH formuló algunas especificaciones y adiciones diciendo que *"cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin"*. En otras palabras, *"los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana"*¹⁰ El mensaje de Trabajadores Cesados del Congreso nos indica que el juez que está habilitado para ejercer

⁷ CSJN en "Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX

⁸ Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

⁹ Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158.

¹⁰ Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso I, cit., párr. 128; cfr. —Almonacid Arellano I, cit., párr. 124. Véase LOIANO, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"*, en ALBANESE, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 114 a 117".

el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control.

Posteriormente, el Juez Cañado Trindade añadió conceptos en el mismo asunto aunque ahora en el año 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia¹¹ donde realizó un excelente análisis de la institución abordada, hablando, con cita de Cappelletti¹² de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del derecho¹³. Puso énfasis en sostener —y esto resulta de mucha importancia— que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del derecho interno¹⁴ (artículo 46.1.a de la CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto del 2006 en el Caso de Trabajadores Cesados)¹⁵.

Sostiene allí el alto magistrado que el art. 2 de la CADH al imponer esa obligación de 'armonización' entre el derecho nacional y el internacional se abre el camino para una 'constitucionalización' de una convención supranacional.

En nuestro ámbito interno, la CSJN en el caso Mazzeo¹⁶ del año 2007 confirmó la doctrina utilizada anteriormente en Almonacid¹⁷ cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de —control de convencionalidad teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.

Luego de la confirmación de esta doctrina, “*Puede advertirse claramente, como nuestra CSJN siguió la letra de la Corte IDH*”¹⁸

¹¹ Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, sentencia del 30 de Noviembre del 2007, Serie C N° 174, voto disidente del mencionado Juez.

¹² CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987, p. 239.

¹³ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo I, p. 29, párr. 9, punto III, nota 33.

¹⁴ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Inter...* ob. cit., Tomo II, p. 348 y siguientes.

¹⁵ Corte IDH en Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit., voto concurrente razonado del Juez Cañado Trindade, párr. 11.

¹⁶ CSJN en Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330:3248.

¹⁷ Corte IDH en Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

¹⁸ GELLI, María Angélica; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; SAGÜÉS, Néstor P; *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, ¿El control de convencionalidad tiene efectos sobre la habilitación del control de constitucionalidad de oficio? Párr. 6, pág. 9.

Tiempo después, nuestro máximo tribunal retoma la cuestión en el fallo Videla¹⁹ En esta sentencia sostuvo que —esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”.

Así pues, como conclusión puede leerse que, “*nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, el control de convencionalidad por parte de los jueces locales*”²⁰.

A modo de cierre de este punto, nuestro máximo tribunal considera que el Poder Judicial al momento de llevar a cabo el control de convencionalidad tiene que tener en cuenta las disposiciones de la CADH, y además las interpretaciones que la Corte IDH haga de la misma.

Es por ello que nuestros administradores de justicia deben no solo realizar un control de constitucionalidad sino también un control de convencionalidad, y así de esta forma velar por las normas transnacionales a las cuales nuestro país se ha obligado a cumplir.

IV. Control de Convencionalidad y de Constitucionalidad: Sus diferencias

En una primera aproximación, podría afirmarse que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta velar por la supremacía de la CN; el otro, por la CADH.

Antes de llevar a cabo el desarrollo comparativo de estos dos controles, considero oportuno realizar un breve análisis de cada concepto en particular.

El control de constitucionalidad suele ser asociado al plano interno, como un sistema por el cual se efectiviza la supremacía de la CN frente al resto de las normas escalonadamente jerarquizadas.

Dentro del control de constitucionalidad podemos identificar dos modelos: el concentrado y el difuso, siendo el primero típico de algunas Constituciones Europeas, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines. En este sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la

¹⁹ CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación" C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010, Fallos: 327:3117.

²⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2010-E, 197.

consiguiente anulación de la norma cuestionada que pierde sus efectos en forma total y con presidencia del acto político, esto es que en los sistemas concentrados es el propio órgano de control —La Corte Constitucional que recibe de la Constitución la competencia necesaria para producir esa anulación con los efectos generales, ocupando así el lugar de los otros poderes (el legislativo o el ejecutivo, según el caso) el conflicto queda diluido con la desaparición de la norma cuestionada.

En el caso del control difuso, corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la CSJN como tribunal último por vía de recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la Norma Fundamental.

La declaración de inconstitucionalidad produce efectos limitados. La sentencia declarativa de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o inter-partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso.

Este sistema judicial fue adoptado por la República Argentina a partir del precedente del caso *Marbury v. Madison*²¹ siendo este el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que estableció. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Este principio estatuye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia.

Llegado el momento de analizar el control de convencionalidad, como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la CADH, sobre las reglas locales que se le oponen. Es importante advertir que la Corte IDH destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas de la CADH, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte IDH.

En otras palabras, el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la CADH, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

Según el maestro Sagüés²² *“el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención americana sobre los derechos del hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, constructivo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación*

²¹ Supreme Court of the United States in —*Marbury, William vs. Madison, James* 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 - 1803

²² SAGÜÉS, Néstor P., Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2009-B, p1.

por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”.

La terminología utilizada, esto es "control de convencionalidad", fue mencionada por primera vez, en el caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez²³ Esto no quiere decir que sólo a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

Años después, la Corte IDH amplió el concepto del control de convencionalidad en el caso Boyce y otros vs. Barbados²⁴, en el cual estableció que el objetivo del —control de convencionalidad es determinar si la norma enjuiciada —por contraste con la CADH— es o no es "convencional". Si la norma es contraria a esta, es decir, si es "inconvencional", sobreviene el deber judicial de no aplicarla. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior, no se la efectiviza²⁵

Luego de este análisis nos encontramos en condiciones de marcar algunas diferencias del control de convencionalidad hecho por la Corte IDH y el que es llevado a cabo por los jueces locales.

En el primer supuesto, el Tribunal Internacional ha sentado la postura de que, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en 'controlar' si las normas locales acatan, o no, las convenciones internacionales; y por ende *“no se convierte en una 'cuarta instancia' que deja sin efecto las leyes de los países.”*²⁶

De lo antedicho se interpreta que la misión fundamental de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad, la cual consiste en 'comparar' la norma del derecho interno en relación a la CADH y desentrañar si aquella violenta a ésta o no.

En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido)²⁷.

²³ Corte IDH en "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

²⁴ Corte IDH en Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007, considerando N° 78

²⁵ SAGÜÉS, Néstor P. Dificultades operativas del “Control de... ob. cit.

²⁶ HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión...* ob. cit.

²⁷ HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2007-C, 875.

De todas maneras, resulta necesario remarcar la pauta que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el contralor, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así, porque la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones deben ser analizadas previamente en instancia domestica, tal como impone la CADH en su art. 46.1.a.

A modo de cierre del análisis de este punto, en nuestro ordenamiento jurídico el —control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al resultado del —control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes.

Estos controles tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto es más discutido por producirse un conflicto entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, siendo que uno vela por la supremacía de nuestra Norma Fundamental y el otro por la CADH; pero de todos modos, dependerá de la postura del Estado en el que se produce el conflicto, pudiendo suceder que si el Estado considera que debe cumplir con la CADH a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplirla, esto provoca, como resultado concreto final, que la CADH está jurídicamente por encima de la Constitución.

En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad, sería que la regla constitucional que lesiona a la CADH debe quedar inaplicada. Por el contrario, si el Estado considera que su Constitución se encuentra por encima de la CADH entonces, esta última no sería tomada en cuenta.

V. Control de convencionalidad y doctrina del margen de apreciación

Finalmente, y teniendo en cuenta los preceptos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH mencionada, podremos notar la relación existente entre la doctrina del control de convencionalidad, y la idea del margen de apreciación con el que en algunos casos, cuentan o no, los jueces de los ordenamientos jurídicos internos que han aceptado la competencia de la Corte IDH. Por un lado, cuando hablamos de margen de apreciación, resulta útil determinar que *“en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo “duro”, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias”*.²⁸

“Dicha doctrina fue sostenida por la Corte Interamericana en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de istmo centroamericano, para adquirir la nacionalidad

²⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, p. 222 y ss.

costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área."²⁹

En suma, el interrogante que con muchísimas dificultades debiéramos de intentar encontrar una respuesta es sí: ¿la doctrina de la Corte Interamericana, como puede ser una sentencia ante un caso concreto o también incluso, una opinión consultiva, deben ser efectivizadas por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable, o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno, en virtud de la noción del margen de apreciación?

Sin lugar a dudas, cuando se sentaron las bases del control de convencionalidad, la Corte IDH, en ningún caso, ha convalidado la idea de que los Estados no puedan aplicar la doctrina del margen de apreciación, claro está que debiera de aplicarse de una forma adecuada, ya que de otra forma se estaría convirtiendo en un mecanismo de evasión directa de la doctrina judicial que la Corte IDH ha ido creando desde hace muchísimo tiempo con tanto esfuerzo.

VI. Conclusión

La CADH que ha sido suscrita en 1969, es sin lugar a dudas la base más importante del Sistema Interamericano. Los Estados partes en esta se han comprometido 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.

En muchos casos, la CADH regula el ejercicio de derechos y libertades que aún no están garantizados por disposiciones legislativas locales, por esto y porque es necesario para el crecimiento de un país, que se resguarden los derechos humanos de todos sus habitantes, es que resulta necesario que los Estados parte del Sistema Interamericano, reconozcan de una vez por todas que el bien común internacional (o, en su caso, el regional), está por encima del bien común nacional, y es así de esta forma, que el Pacto de San José de Costa Rica debe prevalecer sobre las constituciones nacionales de cada uno de los Estados.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, si un Estado no comparte la doctrina del control de convencionalidad, lo más correcto, sería, que se retire del sistema. Ello es así, porque si ha aceptado la competencia de la Corte IDH, ha admitido también —la competencia de esta sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (conforme art. 62.1 del Pacto de San José de Costa Rica). No resultaría lógico pensar que un Estado ingresa a un régimen jurídico para después controvertir sus bases, permaneciendo sin embargo en él.

Claramente, la influencia que ha tenido la Corte IDH en los ordenamientos jurídicos internos de los países que se encuentran sujetos a este régimen ha sido muy importante e

²⁹ SAGÜÉS, Néstor P. *Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 11/08/2010, 1

influyente, un claro ejemplo de esto se da en el caso "La Última Tentación de Cristo"³⁰, donde Chile tuvo que corregir su propia Constitución.

Como lo ha remarcado ese Tribunal y tal cual surge "*...del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida*".³¹

Sin perjuicio de ello también se ha puesto de resalto que la jurisprudencia de este órgano de la OEA —y en algunos pronunciamientos la de la Comisión—³² está revestida de cierto valor vinculante en `general`, o por lo menos deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los tribunales argentinos.

En muchos casos aplicar el control de convencionalidad exigirá sin lugar a dudas a los jueces un sacrificio mayor, ya que su techo ideológico no será la Constitución Nacional, sino el Pacto de San José de Costa Rica y los restantes Tratados sobre Derechos Humanos.

Para concluir, no podría imaginarse el resguardo del sistema de derechos, sin la idea de que la convencionalidad debe ir de la mano a la constitucionalidad, ya que esta sería una de las únicas formas en donde se reforzaría la tutela de la supremacía de los derechos fundamentales consagrados tanto en nuestra fuente interna como en la externa, donde el margen de apreciación por parte de cada ordenamiento jurídico interno sea llevado a cabo de una forma lisa y llanamente honesta a los efectos de no violar los preceptos ya reconocidos internacionalmente.

³⁰ Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (LA LEY, 2001-C, 135)

³¹ Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela del 4 de mayo del 2004.

³² HITTERS, Juan Carlos, "Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos", LA LEY, 2003-D, 1373

Bibliografía:

ALBANESE, Susana, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán, *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Tomo I.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, Tomo I.

CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional* (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006, vol. I.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo I.

HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo I

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed. Buenos Aires, 2006, Lexis Nexis

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

"Acosta", sentencia del 28 de diciembre de 1998, Fallos 321:3564.

"Ekmekdjian c. Sofovich", sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492.

"Espósito Miguel Ángel" s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004, E. 224. XXXIX

"Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330:3248

"Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación" C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010, Fallos: 327:3117.

Jurisprudencia Internacional:

"Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.)

"Boyce y otros vs. Barbados", sentencia del 20 de noviembre de 2007

“La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73 (LA LEY, 2001-C, 135).

“Liliana Ortega y otras, Medidas Provisionales respecto de Venezuela” del 4 de mayo del 2004.

“Marbury, William vs. Madison, James”, Supreme Court of the United States, Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

"Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101

“Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158.

Opinión Consultiva OC-1/82 del 24/09/1982 “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH). Solicitada por Perú

Artículos de Doctrina:

GELLI, María Angélica; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo; SAGÜÉS, Néstor P; *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, artículo de doctrina publicado en LA LEY.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2010-E, 197.

HITTERS, Juan Carlos, "*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad*" artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2008-E, 1169.

HITTERS, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2007-C, 875.

HITTERS, Juan Carlos, "*Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*", artículo de doctrina publicado en LA LEY, 2003-D, 1373.

SAGÜÉS, Néstor P. *Dificultades operativas del "control de convencionalidad en el sistema interamericano*, artículo de doctrina publicado en LA LEY, 11/08/2010.

UNIDAD III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL

2. “Cómo viene aplicando el Perú las sentencias expedidas por la CIDH? Reflexiones a propósito de una posible sentencia condenatoria por el caso Chavín de Huántar” – David Ortiz Gáspar

¿Cómo viene cumpliendo el Perú las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Reflexiones a propósito de una posible sentencia condenatoria por el caso “Chavín de Huántar”*

David Aníbal Ortiz Gaspar**

1. Algunos párrafos a modo de introducción

Uno de los temas que ingresó en los últimos días al debate en los medios académicos, políticos y periodísticos, es acerca del cumplimiento de las sentencias que son expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a propósito de una posible sentencia condenatoria para el Estado peruano por un caso que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (en adelante CIDH) acaba de elevar a la competencia contenciosa de la Corte IDH, me refiero al famoso caso “Chavín de Huántar”, tanto así, que algunos funcionarios del Estado peruano han señalado a la prensa peruana que nuestro Estado en los próximos días presentará una propuesta a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) a fin que se reforme las normas que regulan las competencias tanto de la CIDH, como de la Corte IDH.

Pareciera que todavía no se tiene claro acerca de la naturaleza del efecto vinculante que tiene para nuestro Estado las sentencias expedidas por la Corte IDH. En ese sentido, considero que es pertinente desarrollar en el transcurso del presente artículo, el tema sobre la obligatoriedad respecto a su cumplimiento que tienen las sentencias expedidas por la Corte IDH para los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y que hayan ratificado la competencia contenciosa de mencionada corte, -tal como es nuestro caso-, de igual modo, he visto conveniente hacer un breve análisis a las normas que regulan el procedimiento de ejecución de las sentencias que son expedidas por los tribunales supranacionales de protección de derechos humanos, es decir de la legislación que permite a nuestras autoridades la ejecución y el cumplimiento de los fallos que son expedidos por el supremo intérprete de la CADH. Para lograr este propósito, más adelante me realizo una serie de interrogantes que serán respondidas con la ayuda de ciertas categorías del derecho nacional, como también del derecho internacional público, en especial del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional del derecho de los tratados.

Es necesario señalar que en la actualidad el Perú todavía tiene pendiente la ejecución integral de diversas sentencias condenatorias que la Corte IDH expidió cuando

* Artículo publicado en el Tomo N° 49 de la revista GACETA CONSTITUCIONAL, correspondiente al mes de enero del 2012.

** Estudios de Derecho por la Universidad de San Martín de Porres; Becario por la Asociación MARSAs; Curso de especialización en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Curso de especialización en Argumentación Jurídica por la Universidad Antonio Ruiz Montoya; Curso de especialización en Neoconstitucionalismo, Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica por la Universidad de Piura; Curso en Control Interno en las Instituciones Públicas por la Universidad ESAN. En la actualidad labora en el Área Constitucional del estudio PAZ DE LA BARRA.

Correo electrónico: david.ortiz@estadoconstitucional.org

aún estaba vigente parte de la Ley N° 27775¹, que regulaba el pago de las indemnizaciones a las víctimas del Estado, la misma que por mandato de la precitada ley estaría a cargo del Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Con fecha 27 de junio del 2008, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N° 1068², en la cual señala que a partir de la vigencia de la mencionada norma, el ente encargado con el pago de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH ya no será el Ministerio de Justicia, sino el órgano del Estado que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIPDH).

Hasta aquí todo parece estar claro, no obstante para demostrar que no es así, realizo las siguientes interrogantes integradas en tres bloques, las mismas que serán respondidas en la parte pertinente del presente artículo.

Bloque 1: ¿Qué sucede con las indemnizaciones determinadas por la Corte IDH a través de sus sentencias que ya empezaron a ser cumplidas en parte por el Estado peruano a través del Ministerio de Justicia antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿Qué pasa con la parte restante?, ¿siguen siendo pagados con fondos del Ministerio de Justicia o ya con recursos del ente que cometió en estricto las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

Bloque 2: ¿Qué sucede con aquellas indemnizaciones que fueron establecidas por la Corte IDH a través de sus fallos y luego notificados al Estado peruano, pero que el Estado no ha movido ni un ápice hasta después de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿El ente competente para el desembolso de aquellas indemnizaciones sigue siendo el Ministerio de Justicia o ya el ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

Bloque 3: ¿Qué sucede con aquellas indemnizaciones en las que el monto no ha sido determinado por la Corte IDH (dejando a las partes determinar el monto indemnizatorio), siendo que el Estado únicamente ha sido notificado de la sentencia condenatoria antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿El ente competente para la determinación y ejecución del desembolso correspondiente a las indemnizaciones sigue siendo el Ministerio de Justicia o ya son cubiertas con fondos del ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

Como es de observarse, podemos seguir realizándonos diversas interrogantes, pero eso no es el propósito del presente trabajo, sino hacer evidente que en la actualidad existe un grave problema respecto a qué sector de nuestro Estado tiene la obligación de asumir con sus fondos el pago de las indemnizaciones que son ordenadas por la Corte IDH a través de sus sentencias condenatorias a favor de las víctimas del Estado. Incluso, sobre la problemática planteada el Estado peruano por medio de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia del anterior gobierno solicitó un informe técnico-legal a un prestigioso staff de abogados de nuestro país, pero lamentablemente -a mi criterio-precitado informe únicamente fue analizado y desarrollado teniendo en cuenta nuestro derecho nacional (categorías del derecho civil, derecho procesal civil, acto jurídico, entre otros), obviando totalmente las normas y los principios del derecho internacional público,

¹ Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

² Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

principalmente del derecho internacional de los derechos humanos, como del mismo modo del derecho internacional del derecho de los tratados.

En ese sentido, antes de empezar con el tema de la problemática de la ejecución de las sentencias expedidas por la Corte IDH, considero que es pertinente tener en cuenta algunas consideraciones. Por tal razón, el presente artículo a la par de ser desarrollado bajo la óptica del derecho nacional, también será analizado desde la perspectiva del derecho internacional público, dado que el tema de análisis está muy relacionado con los dos derechos antes mencionados. No cabe duda que será a través del derecho nacional que se ejecutarán las decisiones de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, en nuestro caso, de la Corte IDH, es más, una vez que el supremo intérprete de la CADH expida una sentencia condenatoria, esta debe ser ejecutada incondicionalmente, es decir, sin exigirse de por medio el cumplimiento de ningún requisito adicional para su validez o eficacia, por lo que no existe la necesidad de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno, tal como bien reza el artículo 115° del Código Procesal Constitucional.

Por tales razones, en el transcurso del presente texto vendremos utilizando términos que han sido desarrollados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, tales como el de “control de convencionalidad y/o interpretación de las normas legales conforme a los tratados de derechos humanos³”. No debemos olvidar que un buen número de casos que llegaron a ventilarse en el seno de la Corte IDH, fueron justamente por haberse obviado realizar un control de convencionalidad de nuestra legislación interna conforme al objeto, fin y a las disposiciones que son establecidas por la CADH por parte de algunos funcionarios de nuestro Estado, un caso que manifiesta la omisión antes referida es por ejemplo de las “autoamnistías⁴ expedidas en el Gobierno del ex-Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori con el único fin de beneficiar a diversos acusados por graves violaciones a los derechos humanos cometidos contra parte de nuestra población.

Los derechos humanos al ser regulados principalmente en documentos que se expiden en el marco de las organizaciones internacionales de los Estados, tal como sucedió con la CADH, la misma que fue expedida por la OEA⁵, entran a tallar en su regulación varias disciplinas del derecho internacional público, como por ejemplo el derecho internacional del derecho de los tratados, el cual señala conforme a uno de sus principios básicos establecido en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, el cual hace referencia que ante un conflicto entre el derecho internacional y el derecho nacional, prima el primero sobre el segundo⁶, salvo honrosas excepciones, por ejemplo, cuando en el derecho nacional el margen de protección de los derechos humanos son más proteccionistas y garantistas a lo recogido y regulado en los tratados sobre derechos humanos.

³ ORTIZ GASPAR, David Aníbal. *Hacia un derecho público común: El caso del control de las normas conforme a los tratados de derecho humanos*. En Revista Estado Constitucional. Arequipa: Editorial Adrus, N° 2, 2011, pp. 117-129.

⁴ Término utilizado por la Corte IDH en el caso de Barrios Altos Vs. Perú.

⁵ En la ciudad de San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁶ Principio que que es deducido de la interpretación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la misma que reza de la siguiente manera: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En tal sentido, pretender realizar el presente artículo basándome únicamente en el derecho sustentado por los códigos nacionales⁷, no tendría tanta relevancia para el derecho internacional público y más aún para el derecho internacional de los derechos humanos, dado que nuestros representantes a través del gobierno de turno han ratificado de manera democrática y soberana, tanto a la CADH, como del mismo modo la competencia contenciosa de la Corte IDH, por tal razón, considero que las sentencias condenatorias para nuestro Estado expedidas por el colegiado interamericano de protección de derechos humanos, deben ser cumplidas por nuestro Gobierno sin mayor problemas de por medio, como del mismo modo no debe llamarnos tanto la atención ello, que incluso colocamos como punto de agenda el debate de una posible remisión de propuestas por parte de nuestro Estado a la OEA con el fin de reformar las normas que regulan las competencias de la CIDH, como de la Corte IDH. Otros con una posición más extrema sobre este tema incluso plantean la propuesta de una posible denuncia al Pacto de San José de Costa Rica o CADH.

2. Algunas consideraciones sobre la adecuación de la legislación interna de conformidad a los tratados de derechos humanos y el cumplimiento por parte de nuestro Estado de las sentencias expedidas por la Corte IDH

Uno de los pilares fundamentales de todo Estado Constitucional, es que los derechos humanos vinculan a todo poder del Estado⁸. En ese sentido, es pertinente realizarnos la siguiente interrogante: ¿qué fuerza jurídica vinculante tienen los derechos humanos recogidos tanto en la Constitución Política, como en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú? En la medida que los derechos humanos estén reconocidos tanto en la Constitución Política, como en los tratados que versan sobre derechos humanos ratificados por nuestro Estado, -para el caso del Perú en la CADH-, la cuestión se traslada a estudiar la capacidad de vinculación jurídica que tiene tanto la Constitución Política, como la CADH para los poderes de nuestro Estado, de modo que su carácter vinculante también será predicado a los derechos humanos.

Debemos tener en consideración que en el Estado Legal de Derecho, -caracterizado por tener una Constitución que solamente era considerada como una mera declaración de principios-, los derechos humanos no eran tomados en serio, es más, diría que ni siquiera eran considerados, ya que este tipo de Estado se caracterizaba por el ejercicio arbitrario y despótico del poder por parte de sus autoridades. Un típico ejemplo de lo que venimos redactando es el Estado Nazi, el mismo que era catalogado por los estudiosos de la materia como un Estado Legal de Derecho, ¿pero acaso se consideraba la existencia de los derechos humanos como límite al poder? La respuesta es un claro no, de lo contrario no se hubiera derramado tanta sangre de millones de judíos en los campos de concentración. Pero con el paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho se establece una Constitución que ya no será considerada únicamente como una mera declaración de principios (tal como era en el Estado Legal de Derecho), sino ahora

⁷ Sean estos por ejemplo: Código Civil, Código Procesal Civil, Código Penal, Código Procesal Penal, etc.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Editorial Palestra, 2007, p. 185.

es una norma jurídica que vincula a todo poder del Estado para de ese modo evitar el ejercicio arbitrario y despótico del poder político⁹.

El Perú al ser considerado un Estado Constitucional de Derecho¹⁰ tiene la obligación de adecuar e implementar su legislación interna en pro de garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos, *máxime* cuando el artículo 1º de la Constitución Política de 1993 reza que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad¹¹ son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Sobre la dignidad humana el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 06079-2009-AA, Fundamento Jurídico 5, que: “La dignidad de la persona trae consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad”. En consecuencia, se puede decir en concordancia con lo expuesto por el supremo intérprete de la Constitución que los derechos humanos vinculan y tienen fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas del Estado, lo cual implica que en nuestro ordenamiento jurídico los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú

Considero que no existe problema alguno para entender que los derechos humanos recogidos por nuestra Constitución Política tienen efectos jurídicos vinculantes para todo poder de nuestro Estado, puesto que conforme el artículo 51º de la Constitución Política de 1993, precitada norma está en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional. El problema surge en la siguiente interrogante: ¿por qué los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos también tienen efectos jurídicos vinculantes para nuestro Estado?, y no solo eso, sino también preguntarnos: ¿por qué las sentencias que son expedidas por la Corte IDH tienen efecto vinculante para nuestro Estado? En un hipotético caso: ¿qué sucedería si el Perú decide no cumplir con una eventual sentencia condenatoria expedida por la Corte IDH por el caso “Chavín de Huantar”?

Como es de observarse, las interrogantes planteadas en el párrafo anterior nos llevan a reflexionar respecto a la vinculación que tiene para nuestro Estado la CADH, como del mismo modo las sentencias expedidas por la Corte IDH.

Ante lo expresado paso a desarrollar algunas posibles respuestas. Pero antes no debe olvidarse que el Perú de manera soberana se ha adherido a la CADH el 28 de julio de 1978, como también ha ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de enero de 1981. Como resultado de esos dos actos, nuestro Estado ha adquirido diversas obligaciones internacionales, tales como los de respeto y garantía a los derechos humanos

⁹ ORTIZ GASPAR, David Aníbal. *La Vulneración de los derechos fundamentales en sede constitucional. A propósito de la STC Exp. N° 0024-2010-PITC (Caso Decreto Legislativo N° 1097)*. En Revista Gaceta Penal. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, N° 22, 2011, p. 33.

¹⁰ El Estado del Perú es considerado un Estado Constitucional de Derecho, puesto que cumple con los requisitos de precitado Estado, tal como señalan las voces autorizadas sobre la materia, entre los principales requisitos tenemos: 1) Constitución rígida. 2) Jurisdicción constitucional. 3) Derechos fundamentales como límite al poder. 4) División de las funciones del poder. Entre otros.

¹¹ Para nuestra Constitución Política, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos.

recogidos en la CADH. También adquirió de manera soberana la obligación de adecuar toda su legislación interna de conformidad al objeto y fin¹² de la CADH.

Es necesario resaltar la labor que realizó el distinguido constitucionalista Francisco Eguiguren Praeli, quien desde el Poder Ejecutivo trabajó de manera ardua los casi cinco meses que se desempeñó como Ministro de Estado encargado del Despacho de Justicia. Puedo afirmar que durante su gestión se tomó en serio el tema de los derechos humanos e incluso el precitado ex funcionario del Estado acudió a la sede de la CIDH en Washington a informar respecto al trabajo del Estado peruano en materia de derechos humanos. Otro de sus aportes fue la reestructuración interna del Ministerio de Justicia, -el mismo que ahora gracias a su impulso en las reuniones del gabinete de ministros, como en el Congreso de la República lleva por nombre “Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.

Algunas de las tantas críticas infundadas que se le hizo al precitado ex ministro por parte de algunos medios de comunicación, fue justamente de por qué el Estado peruano tenía que gastar cuantiosas sumas de dinero en implementar su derecho interno a fin de cumplir con las sentencias que son expedidas por la Corte IDH, como del mismo modo de por qué el Estado tiene que adecuar su legislación interna de conformidad a las exigencias establecidas por los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, -me refiero a la CADH- En ese sentido, considero que es necesario realizarnos las siguientes preguntas: ¿por qué el Perú tiene la obligación de ejecutar las sentencias que son expedidas por la Corte IDH?, ¿por qué el Estado peruano tiene la obligación de adecuar su legislación interna de conformidad con lo establecido por la CADH?

El cumplimiento de las interrogantes realizadas párrafos arriba, no es porque al funcionario de turno le plazca las ganas de hacerlo, -en comparación a los funcionarios que tuvieron la oportunidad y no hicieron nada-, sino porque el Estado a la hora de ratificar o adherirse a un tratado sobre derechos humanos, como es el caso de la CADH, asume deberes que le obligan adecuar su legislación interna de conformidad al objeto y fin de precitado tratado supranacional, tal como bien lo expresa el artículo 2° de la CADH, la misma que reza de la siguiente manera: “(...) 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 fueron necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De igual modo, la Corte IDH en el caso Barrios Altos Vs. Perú y en varias decenas de casos más señaló que los Estados parte de la CADH deben adecuar su derecho interno de conformidad al espíritu de dicho documento internacional, es decir, buscar a través de su legislación mecanismos idóneos que permitan la tutela efectiva de los derechos humanos consagrados en la CADH.

Además, nuestro Estado ha ratificado el 14 de setiembre del 2010, mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³, el cual señala de manera clara en el primer párrafo de su artículo 27° que: “un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para su incumplimiento”. En ese sentido, el Estado tampoco puede valerse de su legislación interna para incumplir obligaciones asumidas en el marco de la CADH,

¹² El objeto y fin de la CADH es velar por la tutela efectiva de los derechos humanos en todos los países que integran el SIPDH.

¹³ Entró en vigor para nosotros el 14 de octubre del 2010.

como por ejemplo, la de ejecutar una sentencia expedida por la Corte IDH, más aún cuando el artículo 55° de la Constitución Política de 1993 reza que: “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, por lo que la CADH es derecho vigente y vinculante para todo los poderes de nuestro Estado.

Hasta el momento en el presente apartado hemos analizado la obligación que tienen los Estados de adecuar su derecho interno conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Ahora, vale preguntarse ¿qué dispositivo obliga al Estado ejecutar las sentencias que expide la Corte IDH?, ¿el Estado con la sola ratificación de la CADH se obliga a cumplir las sentencias que expide la Corte IDH? o ¿hay otro acto anterior a la expedición de las sentencias contra el Estado que reconoce y habilita la competencia contenciosa de la Corte IDH para que a partir de allí sean vinculantes los fallos que expide el supremo intérprete de la CADH?

Es necesario dejar claro que el Estado peruano con la sola ratificación de la CADH no se obligó con cumplir las sentencias expedidas por la Corte IDH, sino que hubo un acto posterior. Demos una simple leída al artículo 62° de la CADH, la cual se expresa del siguiente modo: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, *declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos a la interpretación o aplicación de esta Convención.* 2. (...). 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, *siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (...)*”.

En efecto así sucedió, de lo contrario hagamos un poco de historia sobre este punto. Con fecha 21 de enero de 1981, el Perú presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH de acuerdo con los artículos 45° y 62° de la CADH. Pero como la mayoría de nuestros gobernantes se dejan llevar por el calor político del momento, -tal como hoy lo podemos notar ante una posible sentencia condenatoria para nuestro Estado por el caso “Chavín de Huántar”-, observamos que salen los políticos asesorados por algunos de sus abogados a fin plantear maniobras con el claro objetivo de minimizar los efectos de dicha sentencia, o para decir a la prensa que nuestro Estado en los próximos días presentará ante la OEA algunas propuestas para modificar las competencias tanto de la CIDH como de la Corte IDH.

No trato de decir que ello está mal o que dicho acto sea inconstitucional, ya que es totalmente legítimo que un Estado miembro de la OEA presente propuestas respecto a las instituciones que conforman el SIPDH. Sobre esto, la pregunta que me hago es: ¿tendría algún efecto positivo para nuestro Estado (con relación al caso Chavín de Huántar) que en el futuro se debata y se logre modificar las competencias tanto de la CIDH, como de la Corte IDH? La respuesta es un claro no. Para constatar ello leamos el segundo párrafo del artículo 78° de la CADH, el mismo que señala de la siguiente manera: “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

Como señalé en los párrafos anteriores, algunos de nuestros gobernantes se dejan llevar por el calor político del momento, por tal razón con fecha 08 de julio de 1999 en una carta dirigida a la Secretaría General de la OEA por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores Fernando de Trazegnies Granda, hace conocer que el gobierno peruano retira su declaración de reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH, dado que nuestro Estado a través del Consejo de Ministros de fecha 05 de julio de 1999, acordó proceder el retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH. En ese sentido, mediante la Resolución Legislativa N° 27152 de fecha 08 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Como se puede observar en la parte final de precitada carta, el ex canciller Fernando de Trazegnies Granda señaló a la OEA que: *“Este retiro de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH producirá efecto inmediato y se aplicará a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte”*¹⁴.

En otra carta dirigida con fecha 29 de enero del 2001 por el ex Primer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores Javier Pérez de Cuéllar a la Secretaría General de la OEA, el Estado peruano señaló que el Congreso de la República el 12 de enero del 2000 acordó mediante la Resolución Legislativa N° 27401 derogar la Resolución Legislativa N° 27152, como del mismo modo encargó al Poder Ejecutivo realizar las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que hubiera generado dicho dispositivo. Es por tal razón que nuestro Gobierno procedió a retirar la Declaración depositada el 09 de julio de 1999, en virtud del cual se pretendió el retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH.

La historia nos enseña que es lo que no debemos volver a realizar, por algo no es la ciencia social que a partir de los hechos pasados nos permite visualizar lo que posiblemente vendrá en el futuro, al fin al cabo los hechos sociales son dialécticos, suceden hoy y mañana pasado vuelven a suceder, -aunque disfrazados de otro tenor-. Por lo que no pretendamos volver a denunciar la competencia contenciosa de la Corte IDH, seamos consecuentes con nuestros valores y principios democráticos, demostremos a la comunidad internacional que en el Perú los derechos humanos se toman con seriedad, por algo no tenemos un “Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, como del mismo modo un “Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia” pronto a implementarse.

3. Un vistazo a la legislación interna que regula la ejecución de las sentencias que fueron expedidas por la Corte IDH

El máximo intérprete de la Constitución peruana en el Expediente N° 679-2005-PA/TC ha señalado que: “Los tribunales nacionales deben reconocer la validez jurídica de aquellos hechos que han sido propuestos, analizados y probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos”. En términos similares el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0007-2007-PI/TC señaló que: “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino

¹⁴ La Corte IDH en sus sentencias de competencia número 54 y 55, del 24 de septiembre de 1999, señaló que dicho retiro no era procedente, conforme a las disposiciones de la CADH.

que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”.

¿Tiene algún sentido que un Estado se adhiera a la CADH y ratifique la competencia contenciosa de la Corte IDH para después decir que no cumplirá con las sentencias que expida el máximo intérprete de la CADH? Es evidente que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si versa sobre derechos humanos, como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica o CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para ejecutar las sentencias que son expedidas por la Corte IDH, que es además el órgano jurisdiccional en materia de derechos humanos del SIPDH.

En cuanto al procedimiento de ejecución de las sentencias emitidas por los tribunales supranacionales, -Corte IDH-, en el ámbito nacional la Ley N° 27775¹⁵ en su artículo 1°, declara de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano en los tribunales internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución y las leyes de la materia. La Ley N° 27775 establece las reglas de ejecución de las sentencias internacionales, las mismas que únicamente pueden ser, -en materia de derechos humanos-, es decir las que vienen de la Corte IDH, dado que este es el único órgano jurisdiccional constituido en el marco de un tratado internacional (CADH) que tiene competencia para conocer de las violaciones a los derechos humanos ocurridos en nuestro país.

La Ley N° 27775 establece los criterios para la ejecución de las sentencias expedidas por los tribunales supranacionales (Corte IDH). A través del artículo 6° de precitada ley se establece que: “La Corte Suprema de Justicia de la República informará, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la sentencia”. Del mismo modo, el segundo párrafo del mencionado artículo reza que: “El beneficiario será informado periódicamente de las medidas que se adopten en cumplimiento de la sentencia”.

El artículo 2°¹⁶ de la Ley N° 27775 señala las reglas del “procedimiento de ejecución de Sentencias Supranacionales”, las mismas que son las siguientes: a)

¹⁵ Ley N° 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, de fecha 27 de junio de 2002.

¹⁶ Artículo 2.- Reglas de ejecución de Sentencias Supranacionales: Las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales constituidos según Tratados de los que es parte el Perú, que contengan condena de pago de suma de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas, se ejecutarán conforme a las reglas de procedimiento siguiente:

a) Competencia.- La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución. b) Procedimiento para la ejecución de resolución que ordena el pago de suma determinada.- Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero, el Juez a que se refiere el inciso a) de este artículo dispone que se notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago ordenado en la sentencia en el término de diez días. c) Procedimiento para el pago de suma por determinar.- Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero por determinar, el Juez Especializado o Mixto a que se refiere en el inciso a) de este artículo, correrá traslado de la solicitud del

Competencia; b) Procedimiento para la ejecución de resolución que ordena el pago de suma determinada; c) Procedimiento para el pago de suma por determinar; d) Proceso para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio; y, e) Ejecución de medidas provisionales.

¿Por qué los políticos y algunos académicos siempre muestran su negativa con respecto al pago de las reparaciones que ordena la Corte IDH a través de sus sentencias para las víctimas del Estado? A caso no es lo más lógico que ante una violación a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH, el Estado tenga que pagar la reparación por los daños causados. Ya basta de hacer ver al Perú ante los ojos de la comunidad internacional como uno de los países miembros de la OEA que más violaciones a los derechos humanos comete contra sus ciudadanos. Conversaba la otra vez con un amigo que trabajó en la CIDH y me quedé sorprendido cuando me dijo que el Perú tiene varias decenas de casos tramitados en esa sede, y que posiblemente en el transcurso de los años pasarán a la competencia contenciosa de la Corte IDH y justamente uno de esas causas era el caso “Chavín de Huántar”.

Si realizamos un breve recuento de los casos en la cual la Corte IDH ha establecido la responsabilidad internacional del Perú por la violación a los derechos humanos de sus ciudadanos, nos encontraremos que no son uno o dos casos, -así que no pretendamos ocultar el sol con un dedo-, son más de dos decenas, entre los que destacan tenemos a los casos: Neira Alegría, Castillo Páez, Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi y otros, Cesti Hurtado, Durand y Ugarte, Ivcher Bronstein, Tribunal Constitucional del Perú, Cinco Pensionistas, Hermanos Gómez Paquiyauri, De la Cruz Flores, Lori Berenson Mejía, Gómez Palomino, García Asto y Ramírez Rojas, Acevedo Jaramillo y otros, Baldeón García, Penal Miguel Castro Castro, Huamaní y García Santa, Acevedo Buendía y otros, Anzualdo Castro, Abrill Alosilla, Barrios Altos, La Cantuta, Trabajadores Cesados del Congreso, Cantoral Benavides, entre otros. Del mismo modo señalar que en algunos de los casos mencionados, la Corte IDH no determinó la forma y la cuantía del pago de las reparaciones, sino encomendado a la CIDH y a nuestro Estado la determinación de la indemnización¹⁷.

ejecutante con los medios probatorios que ofrezca, al Ministerio de Justicia por el término de diez días. El representante del Ministerio de Justicia puede formular contradicción exclusivamente sobre el monto pretendido, ofreciendo medios probatorios. Formulada la contradicción o sin ella, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios pertinentes en audiencia de conciliación, en el plazo no mayor de 30 días y pronunciará resolución dentro de los 15 días. La apelación será concedida con efecto suspensivo y será resuelta por la Sala de la Corte Superior correspondiente en igual término. d) Proceso para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, en su caso.- Si la sentencia contiene declaración de que la parte ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado o como consecuencia de los hechos materia de juzgamiento internacional y ha dejado a salvo el derecho del mismo para hacerlo valer conforme a la jurisdicción interna, la parte deberá interponer la demanda correspondiente siguiendo el trámite del proceso abreviado previsto en el Título II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil. e) Ejecución de medidas provisionales.- En los casos que la Corte emita medidas provisionales, ya sea cuando se trate de asuntos que estén en conocimiento de la misma, o bien, a solicitud de la Comisión Interamericana ante la Corte, éstas deberán ser de inmediato cumplimiento, debiendo el Juez Especializado o Mixto ordenar su ejecución dentro del término de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva.

¹⁷ Tal como sucedió en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, en la cual Corte IDH recomendó a la CIDH y al Estado de Honduras la determinación de la forma y la cuantía de la reparación.

Con respecto al pago de las reparaciones, se puede observar conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia, que las reparaciones no solo comprenden la indemnización por el daño material y moral sufrido por la víctima recurrente al SIPDH, sino que además comprenden otros mandatos, tales como: La invalidez del proceso y realización de un nuevo juicio, la libertad de la víctima, el compromiso por parte del Estado en investigación los hechos que generaron las violaciones a los derechos humanos de las víctimas a fin de no generar impunidad sobre los delitos cometidos, entre otras medidas.

En el plano nacional la legislación que regula y permite la ejecución de las sentencias que son expedidas por la Corte IDH son la Ley N° 27775, el Decreto Legislativo N° 1068¹⁸ y el artículo 115° del Código Procesal Constitucional¹⁹ hace una breve referencia sobre el tema. ¿Son claras las normas sobre la materia? Al respecto veamos lo siguiente:

3.1. ¿Vacío legislativo? o ¿Mala técnica legislativa? El conflicto entre la Ley N° 27775 y el Decreto Legislativo N° 1068

En los últimos años nuestro país ha sido foco de atención generado por los constantes conflictos sociales acaecidos en el interior de nuestra patria, obteniendo como resultado pérdidas irreparables que se pudieron evitar con una adecuada legislación. Hay un dicho que reza: “No hay que llorar por la leche derramada”. A través del presente texto no estoy reclamando por aquellos sucesos y por los que vendrán, sino hacer una sana reflexión en torno a la importancia que sirve tener un armonioso ordenamiento jurídico a fin de lograr una adecuada gobernabilidad de nuestro Estado manifestado en el cumplimiento de lo que soberanamente nos hemos comprometido. En ese sentido, antes de empezar con el análisis del conflicto normativo enunciado, quiero esbozar algunas consideraciones importantes en torno a la legitimidad y legalidad de las normas jurídicas²⁰, dado que ello nos permitirá observar con mayor plenitud lo que pretendemos trasladar a ustedes en el presente artículo.

[El caso “Bagua” que todos nosotros conocemos, es fundamental para entender esta vital importancia. Estoy convencido que sí los decretos legislativos que se cuestionaban en aquel entonces hubieran sido tanto legales como legítimos, no hubiéramos tenido como consecuencia de aquel conflicto varias muertes que lamentar y cuantiosas pérdidas económicas para nuestro país. Es evidente que en el presente caso los decretos legislativos (ahora derogados) eran legales, ya que se habían elaborado en el marco de una delegación de facultades legislativas por parte del Parlamento hacia el Presidente de la República. Pero de lo que no hay duda es que tales decretos legislativos no fueron legítimos, puesto que muchas de las comunidades nativas involucradas con estas normas no participaron en el proceso formativo de tales instrumentos legales, como tampoco se

¹⁸ Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, de fecha 27 de junio de 2008.

¹⁹ Para mejor comprensión respecto a lo que expresa el artículo 115° del Código Procesal Constitucional, remito al lector interesado a mi trabajo. Cfr. ORTIZ GASPAS, David Aníbal. “Comentario al artículo 115° del Código Procesal Constitucional” en *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda Edición, Arequipa: Editorial Adrus, pp. 791-805.

²⁰ ORTIZ GASPAS, David Aníbal. *El divorcio entre la legalidad y legitimidad de las normas legales*. En: Revista Derecho y Cambio Social. Lima, N° 26, ISSN: 2224-4131. Pp. 1-7. También se puede visualizar en el siguiente link: (http://www.derechoycambiosocial.com/revista027/legalidad_y_legitimidad.pdf).

les consultó sobre su elaboración de conformidad a las exigencias del Convenio 169 de la OIT.

Lo antes expresado me trajo recuerdos a los primeros años de mi formación universitaria, en la que vuestros maestros nos solían esbozar algunas definiciones acerca de lo que debía entenderse por normas legales, sus características fundamentales, como también nos explicaban sobre su proceso formativo conforme a nuestro ordenamiento constitucional. Ahora bien, sí por norma legal entendemos como aquella norma jurídica dictada por el legislador, es decir, aquel precepto establecido por la autoridad competente, en el que se regula, se manda o se prohíbe algo, generando su incumplimiento sanciones de diferente índole para sus infractores. Entonces vale hacerse las siguientes preguntas: ¿a qué se debe que gran cantidad de las normas no sean cumplidas o acatadas por nuestra población?, ¿por qué necesariamente el Estado para asegurar su cumplimiento de tales instrumentos legales tiene que valerse de la coacción, sin que estas sean cumplidas moralmente por la población?, ¿por qué constantemente se interponen diversas demandas de acción popular contra diversas normas infra-legales y demandas de acción de inconstitucionalidad contra normas de rango legal?, ¿por qué diversas comunidades campesinas y/o nativas de nuestro país realizan marchas de protesta cuando el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo aprueba una norma sin su consentimiento?, etc. Las interrogantes sobre el tema son constantes, derrepente varias de ellas no tengan una respuesta desde la óptica de las ciencias jurídicas, sino necesariamente deberán ser complementadas con los conocimientos que nos brinda las ciencias conexas, tales como la historia, la ciencia política, la sociología o la filosofía, entre otros.

Prima facie, las normas legales son de cumplimiento obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a lo establecido por el artículo 109° de la Constitución Política de 1993, salvo disposición contraria de la misma norma que posterga en todo o en parte su vigencia (*vacatio legis*). Tal como señalamos anteriormente, el Estado incluso cuenta con la potestad de ejercer la coacción a través de sus diversas instituciones para optimizar el cumplimiento de las normas expedidas. ¿Es así de simple ejecutar una ley? Una de las características del Estado Constitucional es que las normas que expide el Estado tienen que cumplir ciertos cánones para que estas sean “verdaderamente constitucionales”, siendo dos de ellos, la legalidad y la legitimidad que deben de poseer por principio todas las normas existentes. La *praxis* ha demostrado que no es fácil lograr el cumplimiento de una ley, si por lo menos esta no cuenta con la aceptación de sus destinatarios, es por tal razón, que es necesario tener en consideración la diferencia que existe entre los dos elementos antes mencionados.

La legalidad y legitimidad de las normas son como el anverso y reverso de una moneda, es decir son inseparables, ambos tienen que satisfacerse necesariamente para que una norma legal pueda ser vigente y eficaz a la vez. No pretendemos a través del presente artículo realizar un estudio sofisticado en torno a la diferencia entre legalidad y legitimidad, puesto que ello nos demandaría mayor cantidad de hojas como de tiempo, sino únicamente reflexionar sobre el valor e importancia de tales elementos. En ese sentido, por legalidad entendemos como aquel principio de derecho público conforme el cual todo el ejercicio del Estado debe estar sometido en concordancia a nuestro ordenamiento constitucional, es decir, que el legislador al momento de expedir una norma jurídica respete de manera plena los principios que recoge nuestra Constitución Política,

por lo tanto, una norma será legal en la medida que cumpla con los mandatos constitucionales que la Ley Fundamental establece. En cuanto a la legitimidad, esto se manifiesta cuando una norma jurídica es obedecida sin la necesidad de la coacción del Estado, esto quiere decir, que hay una aceptación unánime por parte de los destinatarios de la norma.

En el Perú existe gran cantidad de normas ineficaces, puesto que no satisfacen con los dos requisitos antes señalados. Muchas de las normas únicamente cumplen con la legalidad, pero no con la legitimidad. Existe una gran disociación entre legalidad y legitimidad de las normas jurídicas en nuestro país, por ello en la *praxis* constantemente podemos observar un gran cúmulo de normas válidas, pero con un alto grado de ineficacia en su cumplimiento. Por ejemplo en la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo constantemente llegan las notificaciones de diversas demandas de acción de inconstitucionalidad y acción popular, las mismas que se incoan con el fin de cuestionar la constitucionalidad y legalidad de las mismas. Es importante que los asesores de las diversas entidades del Estado tengan en consideración que una norma no es válida, tampoco eficaz si únicamente se valora su legalidad, sino también es fundamental que sea legítima. Ya basta de centenares de leyes ineficaces, que lo único que hacen es generar perjuicio para el Estado, dado que su elaboración trae consigo un gasto inútil de recursos económicos que son pagados con nuestras contribuciones (pagos a asesores y técnicos, gastos de publicación e implementación, entre otros), busquemos la reconciliación entre legalidad y legitimidad de las normas jurídicas].

En los párrafos anteriores señalamos que lamentablemente en nuestro ordenamiento jurídico tenemos gran cantidad de normas válidas, pero ineficaces, puesto que por un lado son legales, pero no legítimas. Pero eso no queda ahí, sino también tenemos normas que se contradicen entre ellas mismas, es por tal razón que al título del presente apartado decidí llamarlo: “¿Vacío legislativo? o ¿Mala técnica legislativa? El conflicto entre la Ley N° 27775 y el Decreto Legislativo N° 1068”.

¿Cómo se evidencia el precitado conflicto normativo? Haber veamos. Esto nace a raíz de la dación del Decreto Legislativo N° 1068, el mismo que en su artículo 22°, inciso 6, reza lo siguiente “Los procuradores deberán coordinar con los titulares de cada entidad el cumplimiento y ejecución de las sentencias contrarias a los intereses del Estado...”. En contraposición a lo señalado por la norma antes referida, tenemos por otro lado a la Ley N° 27775, la misma que menciona en su artículo 2°, inciso b, lo siguiente: “Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero, el juez a que se refiere el inciso a²¹) de este artículo dispone que se notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago ordenado en la sentencia en el término de diez días”.

De lo transcrito en el párrafo anterior, se puede afirmar que existe un conflicto normativo entre una norma anterior y una norma posterior, es decir un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 2°, inciso b de la Ley N° 27775 y el artículo 22° inciso 6 del

²¹ A) Competencia: La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente de la Corte Suprema, quién la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución.

Decreto Legislativo N° 1068. ¿Cómo solucionamos ese conflicto? Al respecto el artículo I del Título Preliminar del Código Civil nos da una respuesta, señala dicho dispositivo legal que: “La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla (...)”. Importa precisar los supuestos donde existe una derogación expresa o una derogación tácita de una norma. Existirá una derogación expresa cuando la propia ley derogante establezca de manera taxativa que normas son derogadas. En cambio estaremos ante una derogación tácita, cuando exista una incompatibilidad entre la ley nueva y la ley anterior o cuando la materia de la ley anterior es íntegramente regulada por la ley posterior.

De una revisada al Decreto Legislativo N° 1068, se puede constatar que la precitada norma no establece de manera expresa la derogación de la parte incompatible de la Ley N° 27775. Por lo que este es un típico caso de derogación tácita, debido a que hay una incompatibilidad respecto a quien será el sujeto pasivo o ente responsable que tendrá la obligación de ejecutar las indemnizaciones establecidas por la Corte IDH a través de sus sentencias. En ese sentido, el extremo de la Ley N° 27775, -la cual establecía que en todos los casos será el Ministerio de Justicia el órgano competente para cumplir y ejecutar las indemnizaciones establecidas por la Corte IDH- queda derogado por el artículo 22°, inciso 6 del Decreto Legislativo N° 1068, el cual señala que el Ministerio de Justicia ya no será el órgano encargado de cumplir con las indemnizaciones establecidas por el supremo intérprete de la CADH a favor de las víctimas que recurrieron al SIPDH, sino los diversos órganos del Estado que hayan cometido las violaciones a los derechos humanos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica en perjuicio de nuestros connacionales.

Consideramos que hasta este punto no hay ningún problema sobre el tema en mención, puesto que con conocimientos básicos acerca del derecho civil se pueden dar respuesta al conflicto normativo entre lo dispuesto por el artículo 2°, inciso b de la Ley N° 27775 y el artículo 22° inciso 6 del Decreto Legislativo N° 1068. El problema nace en los tres siguientes casos que en breve explicaré. Por razones didácticas creí conveniente dividirlo en tres bloques, los mismos que cuentan con una serie de interrogantes, como del mismo modo se ensaya una posible solución. Veamos.

3.2. Primer caso

3.2.1. Bloque 1

¿Qué sucede con las indemnizaciones determinadas por la Corte IDH a través de sus sentencias que ya empezaron a ser cumplidas en parte por el Estado peruano a través del Ministerio de Justicia antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿Qué pasa con la parte restante?, ¿siguen siendo pagados con fondos del Ministerio de Justicia o ya con recursos del ente que cometió en estricto las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

3.2.2. Posible solución

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4107-2004-HC/TC, ha señalado que: “Las normas previstas por una nueva norma son de aplicación inmediata, incluso a

los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior los actos procesales con principio de ejecución”. Del mismo modo el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, concordado con el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, señalan que toda norma jurídica se aplica de manera inmediata el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, salvo disposición contraria que retrase en todo o en parte la vigencia de la norma publicada (*vacatio legis*).

Mecánicamente se podría decir que en el presente caso es de aplicación inmediata el Decreto Legislativo N° 1068, por lo tanto el Ministerio de Justicia ya no será más responsable del pago de las indemnizaciones que venía realizando en armadas, para que dichas reparaciones pasen a ser ejecutadas en estricto por el ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH. Debemos tener en consideración que la alusión a la figura de la sucesión procesal establecida en nuestro Código Procesal Civil, difiere totalmente de los principios rectores del derecho internacional público, en especial del derecho internacional de los derechos humanos, dado que pretender que el Ministerio de Justicia se desentienda de los pagos que venía ejecutando generaría una incertidumbre en las víctimas y demoras irreparables para que las víctimas del Estado puedan ser indemnizadas. El artículo 27° de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados de 1969, señala que: “Los Estados no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En ese sentido, el Estado peruano no puede invocar las disposiciones del derecho interno, es decir no puede valerse del Decreto Legislativo N° 1068 para retardar más el pago de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH a través de sus sentencias, puesto que algunos de estos entes u órganos que cometieron las violaciones a los derechos humanos de las víctimas no cuentan con un fondo pecuniario que les permita cumplir a cabalidad con las indemnizaciones antes referidas.

Aceptar que se aplique al presente caso la figura de la sucesión procesal que establece el artículo 108° del Código Procesal Civil -a mi juicio- es inconveniente, dado que este análisis mecánico resulta contrario al objeto y fin de la CADH²². Además, el artículo 108° del Código Procesal Civil es *numerus clausus*, por lo que las causales de procedencia de la figura de la sucesión procesal son establecidas por la voluntad del legislador. Como se puede observar de las causales de procedencia de dicho artículo no se evidencia la sucesión procesal por razón de derogación tácita de las normas, en consecuencia, es inaplicable el artículo 118° del Código Procesal Civil para el análisis del presente caso.

En el campo del derecho internacional público, existe un principio de *ius cogens*, el mismo que se aplica a toda relación jurídica en la que de por medio se encuentran derechos humanos en juego, este viene a ser el *principio pro persona*²³, el cual impone al Estado asumir una interpretación restrictiva respecto a las limitaciones a los derechos humanos, optándose por aquellas medidas que posibiliten una mayor protección a los derechos humanos en juego. Además, nuestra Constitución Política en la Cuarta Disposición Final y Transitoria reza que las normas relativas a los derechos humanos se interpretan de conformidad con los tratados ratificados por el Perú (es decir conforme a la

²² Uno de los fines del Pacto de San José de Costa Rica es que luego de determinarse la responsabilidad internacional del Estado, las víctimas sean indemnizadas dentro de un plazo razonable y no esperar a la desidia del Estado, que valiéndose de su derecho interno buscan retrasar el pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH.

²³ Principio recogido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0075-2004-AA/TC.

CADH). Del mismo modo, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que los derechos humanos no únicamente se deben interpretar de conformidad con lo dispuesto por los tratados sobre derechos humanos, sino que también con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (es decir conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH).

La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano señaló que la interpretación conforme a los tratados sobre derechos humanos implicaba no solamente el respeto al texto de dichos tratados, sino también busca asegurar su aplicación con efectos vinculantes²⁴. También el máximo intérprete de la Constitución en el Expediente N° 0007-2007-PI/TC señaló que: “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. En ese sentido, un derecho humano que ha sido desarrollado por la Corte IDH a través de una interpretación conexa de los artículos 8° y 25° de la CADH, es el derecho que tienen todas las víctimas del Estado a una indemnización sin dilaciones indebidas.

Considero que este primer caso constituye un acto procesal con principio de ejecución, que de conformidad con la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil²⁵ y de la Segunda Disposición del Código Procesal Constitucional²⁶, estos deben seguir siendo regulados por la ley anterior a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068, es decir por la Ley N° 27775, por tal razón en los casos en donde el Ministerio de Justicia ha venido cumpliendo con las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH a favor de las víctimas del Estado deben seguir siendo efectivizados con fondos de precatado ministerio, porque así lo ordena la normatividad antes referida, como del mismo modo los principios básicos del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

3.3 Segundo caso

3.3.1. Bloque 2

¿Qué sucede con aquellas indemnizaciones que fueron establecidas por la Corte IDH a través de sus fallos y luego notificados al Estado peruano, pero que el Estado no ha movido ni un ápice hasta después de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿El ente competente para el desembolso de aquellas indemnizaciones sigue siendo el

²⁴ En este sentido están sentencias como los recaídos en los siguientes expedientes: Expediente N° 217-2002-HC/TC (sobre todo en su segundo fundamento jurídico) o el Expediente N° 218-2002-HC/TC (especialmente en su fundamento jurídico segundo).

²⁵ Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

²⁶ Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional.

Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

Ministerio de Justicia o ya el ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

3.3.2. Posible solución

Al tratarse la notificación según la doctrina mayoritaria un acto procesal con principio de ejecución, es de aplicación al presente supuesto, -la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil y la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, el mismo que en ambos textos dice:

Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil.

Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, *los actos procesales con principio de ejecución* y los plazos que hubieran empezado.

Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional.

Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, *los actos procesales con principio de ejecución* y los plazos que hubieran empezado.

En ese sentido, la respuesta a esta interrogante es que se debe aplicar la normatividad anterior a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068, es decir la Ley N° 27775.

3.4. Tercer caso

3.4.1. Bloque 3

¿Qué sucede con aquellas indemnizaciones en las que el monto no ha sido determinado por la Corte IDH (dejando a las partes determinar el monto indemnizatorio), siendo que el Estado únicamente ha sido notificado de la sentencia condenatoria antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1068?, ¿El ente competente para la determinación y ejecución del desembolso correspondiente a las indemnizaciones sigue siendo el Ministerio de Justicia o ya son cubiertas con fondos del ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH?

3.4.2. Posible solución

En este caso estamos ante el supuesto que la Corte IDH no ha determinado el monto de las reparaciones a favor de las víctimas del Estado, puesto que al igual que en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, el supremo intérprete de la CADH dejó a las negociaciones de las partes del proceso determinar ello, pero que en el transcurso del

devenir de los días el Estado expide el Decreto Legislativo N° 1068. En ese sentido, como aún no se tenía en cifras el monto a ejecutar por parte del Estado y que ya encontrándose derogado de manera tácita lo dispuesto por el artículo 2°, inciso b de la Ley N° 27775 (el cual señalaba que será el Ministerio de Justicia el ente responsable quien asumirá con sus fondos el pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH), por el artículo 22°, inciso 6 del Decreto Legislativo N° 1068 (el mismo que señala que ahora será el ente que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas el responsable del pago de las reparaciones). Por tal razón, considero que la entidad estatal responsable de la ejecución de las indemnizaciones a determinarse será el ente u órgano del Estado que cometió las violaciones a los derechos humanos de las víctimas recurrentes al SIPDH de conformidad con la ley vigente, es decir se aplicará en este caso las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1068.

4. Algunas consideraciones finales

Se puede determinar que desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, es irrelevante que nuestro Estado modifique o no su derecho interno. Considero que no es admisible que en virtud de esta reorganización de la legislación interna, se obvие o retarde desproporcionadamente el pago de las indemnizaciones a las víctimas de los Estado –en referencia al régimen dictatorial-, como por ejemplo a consecuencia de la derogación tácita del artículo 2°, inciso b de la Ley N° 27775, por el artículo 22° inciso 6 del Decreto Legislativo N° 1068. Pues ello ocasiona una incertidumbre sobre quien debe ser el órgano responsable de cumplir con el pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH a través de sus sentencias. Como bien señala el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, y menos de las sentencias que se expiden en virtud de dichos tratados, en este caso nos referimos a la CADH, el cual constituye el cuerpo legal supranacional del SIPDH. Dicho tratado señala en su artículo 68° que: “Los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”, es por tal razón que nuestro Estado al ser parte del Pacto de San José de Costa Rica tiene por una lado la obligación de adecuar su derecho interno de conformidad al objeto y fin²⁷ de la CADH tal como manda su artículo 2°, y por otro lado tiene la obligación de cumplir con los fallos que expide la Corte IDH, puesto que nuestro Estado de manera soberana ratificó la competencia contenciosa del supremo intérprete de la CADH el 21 de enero de 1981.

Quiero concluir con la siguiente reflexión: Muchas veces en las aulas universitarias nos enseñan en los cursos de derechos humanos y destreza legal ha desempeñarnos como futuros abogados en la fase *post* violación, es decir, cómo demandar al Estado en caso de una violación a los preceptos de la CADH, cómo elaborar nuestra estrategia de defensa, cómo elaborar una comunicación a la CIDH, entre otras cosas, pero pocas veces nos enseñan a prevenir que esa posible violación suceda. En los casos 1 y 2 comentamos que nuestro Estado tiene una gran oportunidad de evitar que más casos lleguen a la Corte IDH, no olvidemos que los derechos humanos tienen la característica de ser interdependientes, es decir que la negación de uno, genera la

²⁷ Artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

negación de otros, por lo que negar el derecho a una reparación íntegra, sin dilaciones indebidas, es conculcar el derecho a una reparación establecido en el artículo 10° de la CADH y a un debido proceso legal, establecido en los artículos 8° y 25° de la CADH.

Las víctimas o sus familiares podrían demandar nuevamente al Estado, simplemente porque en las gestiones anteriores del Ministerio de Justicia basándose en una interpretación no debida del Decreto Legislativo N° 1068, retardaron injustificadamente con el cumplimiento de las sentencias y el pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte IDH. Debemos recordar que cuando se declara la responsabilidad internacional del Estado, no declaran la responsabilidad de un ministerio, de una entidad del Estado, o de algunos ciudadanos en concreto(en referencia a los valerosos comandos de la operación Chavín de Huántar), sino del Estado Peruano en su conjunto, -no hagamos ver internacionalmente a nuestro Estado como uno de los Estados que más violaciones a los derechos humanos comete contra los suyos-, es preferible trabajar en el fortalecimiento de nuestras instituciones democráticas, empezando por respetar al ser humano, que es el fin supremo del Estado conforme al artículo 1° de la Constitución Política de 1993, por lo que estoy seguro que la gestión actual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incidirá sobre los puntos tratados en el presente artículo.

Lima, 15 de febrero del 2012.

**UNIDAD III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN
NACIONAL**

3. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad como herramienta y deberes del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho” – Oscar Urviola

Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad como Herramientas y Deberes del Juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho

Dr. Óscar Urviola Hani*

I. Introducción

Actualmente, nos encontramos en un mundo cada vez más globalizado, en el cual la clásica soberanía estatal viene siendo relativizada en aras del multilateralismo y de la cooperación internacional. La causa de la defensa del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales ha devenido en patrimonio de la comunidad jurídica internacional, al punto que el respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos ya no es una cuestión que queda solamente en el ámbito nacional (en lo que antiguamente se conocía como el “dominio reservado” del Estado) sino que trasciende al plano internacional, en el cual hombres y mujeres pueden recurrir a instancias internacionales a efectos de hacer valer sus derechos.

Es importante tener presente entonces que el modelo de Estado Constitucional de Derecho y las garantías en él implícitas se viene trasladando al ámbito internacional, trayendo como consecuencia un fenómeno que el connotado jurista alemán Peter Häberle ha convenido en denominar Estado cooperativo, es decir, un Estado que no solamente se ocupa de sus ciudadanos sino que también tiene en cuenta a los demás Estados, a las instancias supranacionales y a los ciudadanos del mundo, entre otros temas¹.

Justamente, una de las consecuencias de este Estado cooperativo es que confluyen en manos de los jueces herramientas de protección de los derechos fundamentales de orden nacional y de orden internacional, como es el caso del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad. Dicha confluencia, si bien puede parecer en principio que complejiza la labor del juez, constituye en realidad un hecho que refuerza la protección de los derechos de los ciudadanos, siendo el reto y la responsabilidad de los jueces de cada país conocer y utilizar adecuadamente estas herramientas en beneficio de dicho ideal.

En ese sentido, constituye el propósito de la presente ponencia el realizar un breve análisis comparativo entre ambas herramientas, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, teniendo en cuenta los fundamentos, el objeto de control, el parámetro y los efectos de cada una de ellas, a fin de dejar constancia de la complementariedad entre ambas instituciones y, en mi condición de Presidente del Tribunal Constitucional peruano, daré algunos ejemplos de la labor realizada por la institución a la que represento en este ámbito.

II. Fundamentos

* Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

¹ HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional Europeo”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., N° 2, enero-junio, 2000, p. 126

a) Control de constitucionalidad

Este control tiene su fundamento en el principio de supremacía jurídica de la Constitución, conforme al cual la Constitución es la norma matriz del ordenamiento jurídico de un Estado, encontrándose en ella recogidos el reparto de competencias de los órganos estatales (parte orgánica) y el catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos (parte dogmática). En ese sentido, en tanto la Constitución es la norma de la cual emanan la validez, la vigencia y la exigibilidad del resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado, los jueces se encuentran en la obligación de preferir la aplicación de la norma constitucional por encima de la norma legal y otras normas de inferior jerarquía. En efecto, la Constitución peruana reconoce este principio en su artículo 51^{o2} y, posteriormente, en el artículo 138^o, establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”.

Asimismo, resulta importante recordar que, tradicionalmente, el control de constitucionalidad ha tenido su desarrollo bajo los siguientes modelos:

- El modelo americano, también denominado *revisión judicial* o *control difuso*, cuyos orígenes se remontan a la sentencia que el 24 de febrero de 1803 dictara la Corte Suprema de Estados Unidos, presidida por el juez John Marshall, al resolver el caso *Marbury versus Madison*. La particularidad de este modelo radica en su carácter incidental, conforme al cual constituye obligación de todo juez, al resolver los casos concretos sometidos a su conocimiento, preferir la aplicación de la Constitución en caso considere que existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía. El ejercicio de este control tiene como resultado que la norma considerada inconstitucional es inaplicada al caso en concreto sin que ello signifique que la misma pierda vigencia o validez con carácter general.
- El modelo europeo, también denominado *kelseniano* o *control concentrado*, que fuera ideado por el destacado jurista austriaco Hans Kelsen con la creación en 1919 del Tribunal Constitucional de Austria y su posterior consagración en la Constitución austriaca de 1920. Este modelo se caracteriza por estar a cargo de un órgano jurisdiccional especializado, Tribunal Constitucional, el cual tiene por función exclusiva analizar en abstracto la compatibilidad de la norma de menor jerarquía objeto de impugnación con la Constitución. En caso la norma sea declarada inconstitucional, la misma queda expulsada del ordenamiento jurídico con efectos generales (*erga omnes*).

En el caso peruano, tenemos la particularidad de que ambos modelos se encuentran superpuestos en una suerte de modelo que podemos denominar, en la línea de lo expuesto por el profesor García Belaunde³, como el modelo dual o paralelo, por cuanto, tenemos, de un lado, de conformidad con el ya reseñado artículo 138^o de la Constitución, que todos los jueces tienen la facultad de control difuso en el marco de los procesos

² Artículo 51^o.- “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”.

³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”. En: *VI Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

sometidos a su conocimiento, ya sean estos procesos constitucionales o de carácter ordinario; y, de otro lado, el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, el cual, de conformidad con el artículo 201° de la Constitución, es el órgano de control de la constitucionalidad y tiene la facultad para declarar la eventual inconstitucionalidad de las normas legales y expulsarlas del ordenamiento jurídico en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.

En este contexto, el Tribunal Constitucional se configura como el órgano de cierre del ordenamiento jurídico peruano por cuanto, de conformidad con el artículo 1° de su Ley Orgánica y por la naturaleza de la función que desempeña, control concentrado de constitucionalidad y última y definitiva instancia en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales (artículo 202° de la Constitución), ostenta la condición de supremo intérprete de la Constitución.

b) Control de convencionalidad

Este es el producto de una corriente jurisprudencial consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en casos tales como “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006; “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, de 24 de noviembre de 2006; “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de 29 de noviembre de 2006; “Boyce y otros vs. Barbados”, de 20 de noviembre de 2007; entre otros. La Corte Interamericana centra el fundamento de esta institución en los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a los cuales los Estados parte de dicho tratado se hallan en la obligación de respetar y garantizar los derechos en él reconocidos y de adecuar su derecho interno en aras de lograr tal objetivo. En ese sentido, el control de convencionalidad responde al principio de Derecho Internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, en el sentido de que el Estado tiene la responsabilidad de disponer la adecuación de su derecho interno en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales. Cabe recordar que, tal como lo señala el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, no es posible alegar disposiciones de derecho interno como justificación de incumplimiento de las obligaciones contenidas en un tratado.

A criterio de la Corte Interamericana, los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las normas convencionales a las normas provenientes de su derecho interno. En palabras de la propia Corte IDH⁴: *“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 obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, fundamento 124.

Cabe resaltar que este tipo de control, si bien tiene su origen en el Derecho Internacional, es ejercido tanto en el plano nacional como en el plano internacional por cuanto, como ya lo ha señalado la propia Corte Interamericana, constituye obligación de los jueces nacionales ejercerlo en primera instancia, correspondiendo a la Corte la intervención en última instancia. Este ejercicio del control de convencionalidad en dos planos jurídicos distintos se da también en virtud del principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana, conforme al cual la intervención de la Corte Interamericana como instancia internacional solamente puede tener lugar una vez que se ha agotado la vía jurisdiccional interna. Dicho principio también es recogido por el artículo 205° de la Constitución peruana, el cual deja expedito el derecho de los ciudadanos peruanos a recurrir a tribunales internacionales en defensa de sus derechos fundamentales una vez que se ha agotado la jurisdicción interna.

c) Síntesis comparativa

Como puede observarse, tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad presentan fundamentos jurídicos distintos pues responden a su vez a la necesidad de proteger e implementar instrumentos normativos de distinta naturaleza; de un lado, la Constitución, norma matriz del ordenamiento jurídico estatal; y de otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, un tratado internacional. Sin embargo, en el fondo, en la medida en que ambos instrumentos normativos apuntan al reconocimiento y a la protección de los derechos de los ciudadanos, tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad responden en última instancia a la necesidad de proteger y garantizar tales derechos.

III. Parámetro y objeto de control

a) Control de constitucionalidad

Conforme a lo expresado por el profesor Blume Fortini, la constitucionalidad puede ser definida como “aquel vínculo de armonía y concordancia plena que debe existir entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico (tanto en cuanto a la forma como al fondo), que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, y que es consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico”⁵. En ese sentido, el control de constitucionalidad implica el desarrollo de una labor interpretativa a fin de determinar si una norma guarda tal vínculo de armonía y concordancia plena con la Constitución. En buena cuenta, si la norma es constitucional o no.

Para tal efecto, el parámetro de control está constituido en primer lugar por la propia Constitución. Sin embargo, este no se encuentra restringido a este instrumento normativo sino que, en la medida en que la Constitución, en su condición de marco del ordenamiento jurídico estatal, contiene en su mayoría normas de principio que precisan de ser desarrolladas por el legislador, deben tomarse en cuenta tales leyes de desarrollo constitucional como parámetro de interpretación de la Constitución. Así, el parámetro del

⁵ BLUME FORTINI, Ernesto. “El proceso de Inconstitucionalidad en el Perú”. Lima: Editorial ADRUS, 2009, p. 360.

control de constitucionalidad incluye no solamente a la propia Constitución sino a aquellas leyes que la desarrollan, en lo que se ha convenido en denominar como bloque de constitucionalidad.

En el caso peruano, dicha labor interpretativa tiene respaldo normativo en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, en el cual se establece que el Tribunal Constitucional, en el marco del proceso de inconstitucionalidad, considera, a efectos de apreciar la validez constitucional de las normas, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

En lo que respecta a la norma objeto de control, podemos considerar que, en términos generales, se encuentran dentro de este campo todas aquellas normas cuya jerarquía es menor a la Constitución, es decir, tanto normas legales como infralegales. Sin embargo, dicha regla general tiene un especial matiz en el caso peruano en lo que respecta al control concentrado de constitucionalidad. De conformidad con el artículo 200° inciso 4 de la Constitución, las normas que constituyen objeto del proceso de inconstitucionalidad que se lleva a cabo ante el Tribunal Constitucional son las normas de rango legal; mientras que, el control concentrado de constitucionalidad de las normas infralegales tiene lugar ante el Poder Judicial a través del proceso de acción popular, conforme está establecido en el artículo 200° inciso 5 de la Constitución.

b) Control de convencionalidad

Conforme lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el parámetro a efectos de este tipo de control, no se circunscribe únicamente a la Convención Americana de Derechos Humanos sino que comprende otros instrumentos internacionales de similar naturaleza, tales como el Protocolo de San Salvador, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belem do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc⁶. Asimismo, dentro de tal parámetro debe ser considerada, como ya lo ha dicho la propia Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano citado líneas arriba, la propia jurisprudencia de la Corte, la cual tiene como labor justamente la interpretación de la Convención.

En lo que respecta a las normas objeto de control, en la medida en que este control responde a la obligación de los Estados de adecuar su derecho interno a los estándares establecidos por la Convención Americana, estas se encuentran conformadas por todas las normas que forman parte del ordenamiento jurídico estatal, ya sea que se trate de normas constitucionales, legales o infralegales.

c) Síntesis comparativa

Si bien pareciera que, en principio, ambos tipos de control difieren en cuanto al tipo de parámetro a utilizarse en cada uno de los casos, ello no es tanto así en la medida en que existe una relación de interrelación entre los tipos de parámetro utilizado, máxime cuando ambos tipos de control confluyen en la labor de los jueces nacionales. En efecto, teniendo en cuenta que tanto la Constitución como la Convención Americana tienen por objeto la

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso, noviembre de 2006, cit., Voto Concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

protección de derechos similares, observamos que hay una relación de complementariedad entre ambos parámetros de control a efectos de interpretar los alcances de los derechos de los ciudadanos. Ello se evidencia por ejemplo en el caso del bloque de constitucionalidad, en el cual, a efectos de interpretar los alcances de determinado derecho constitucional puede tomarse en cuenta el desarrollo que la Convención y la Corte Interamericana han hecho del mismo. Tal ha sido la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano, el cual, como veremos más adelante ha tomado como parámetro de interpretación a efectos del ejercicio del control de constitucionalidad lo establecido en la Convención Americana y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en concordancia con lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana⁷.

IV. Efectos

a) Control de constitucionalidad

Las consecuencias de que una norma sea considerada incompatible con la Constitución difieren en cuanto al modelo de control de constitucionalidad que se esté empleando, si es control concentrado o control difuso. En el caso de este último, como ya lo hemos mencionado líneas arriba, la norma considerada incompatible con la Constitución deviene en inaplicable para el caso en concreto por cuanto el juez prefiere aplicar directamente la Constitución por encima de la norma cuestionada. No obstante, esta conserva su vigencia y es susceptible de continuar siendo aplicada en otros casos. En cambio, en el caso del control concentrado, la norma considerada incompatible con la Constitución es expulsada del ordenamiento y es despojada completamente de efectos jurídicos. Siguiendo esta línea, la Constitución peruana establece, en su artículo 204º, que aquella sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y dicha norma queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia.

En el caso peruano, dada la existencia de un modelo de control de constitucionalidad dual o paralelo, la facultad del juez ordinario para inaplicar una norma por considerarla inconstitucional se encuentra restringida por cuanto no puede ir en contra de lo establecido por el supremo intérprete de la Constitución (Tribunal Constitucional), ya que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, en caso se tratase de una norma de rango infralegal.

b) Control de convencionalidad

Los efectos de este tipo de control dependen del plano en el que se esté ejerciendo, es decir, si quien lo aplica es el juez nacional o si se trata de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en este último caso hay una particularidad especial. En el primer caso, los efectos son los mismos que en el caso del control difuso de inconstitucionalidad, es decir, el juez nacional inaplica la norma que considera no

⁷ **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.

convencional y prefiere aplicar el estándar convencional, sin que ello implique desde luego la derogación de la norma cuestionada.

En cambio en el segundo caso, como lo señala el profesor Hitters⁸, el pronunciamiento de la Corte Interamericana no solamente tiene como consecuencia la inaplicación de la norma de derecho interno al caso concreto sino que, inclusive, dada la vinculatoriedad de dicho pronunciamiento en virtud de los artículos 62.3 y 68.1 de la Convención Americana, este trae como consecuencia la obligación del Estado de adaptar y en su caso modificar el derecho interno en consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana. En ese sentido, la declaratoria por parte de la Corte Interamericana de una norma de derecho interno como no convencional no implica una abrogación automática del precepto local pues corresponde al Estado, en cuanto responsable internacional por la vulneración del derecho contenido en la Convención, cumplir con lo ordenado por la Corte.

Cabe resaltar que ha habido una ocasión en la cual el pronunciamiento de la Corte Interamericana dio origen a una reforma constitucional (el caso *La Última Tentación de Cristo* en Chile), y otra en la cual, por tratarse de delitos de lesa humanidad la Corte decidió declarar sin efecto jurídico la norma cuestionada, nos referimos al caso Barrios Altos, en el cual se declararon inaplicables y con efecto *erga omnes* las leyes de amnistía dictadas en Perú.

c) Síntesis comparativa

Ambos tipos de control son similares en cuanto a sus efectos en la medida en que a través de ambos es posible lograr que la norma cuestionada, ya sea por su inconstitucionalidad o por su incompatibilidad con los estándares convencionales, no sea aplicada al caso en concreto. Sin embargo, también es posible apreciar distintos niveles de intensidad ya que, mientras que en el caso del control de constitucionalidad, en el modelo de control concentrado, se puede llegar a la expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico; en el caso del control de convencionalidad no se llega necesariamente a dicha consecuencia por cuanto dependerá del Estado la medida a adoptar a efectos de adecuar la norma cuestionada a los estándares convencionales, lo cual puede implicar desde una reinterpretación de la norma hasta la modificación o derogación de la misma.

V. Aplicación por parte del Tribunal Constitucional peruano

La posición del Tribunal Constitucional peruano frente a la confluencia de ambos tipos de control en el quehacer de los jueces nacionales ha apuntado hacia la armonización de este tipo de herramientas, incorporando dentro del parámetro de su examen de constitucionalidad tanto lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea para reforzar los argumentos utilizados para justificar la decisión o para desarrollar nuevos alcances de los derechos constitucionales. Como ejemplo de ello, a manera de conclusión, podemos citar los siguientes casos:

⁸ HITTERS, Juan Carlos. "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". En: *Estudios Constitucionales*. Volumen 7, Número 2, 2009, pp. 122-123.

- Amparo electoral

Este es un tema que ha sido desarrollado en diversos fallos, los cuales han incluido hasta tres procesos constitucionales de amparo (Caso Espino Espino – STC N° 2366-2003-PA/TC, Caso Lizana Puelles – STC N° 5854-2005-PA/TC, Caso Castillo Chirinos – STC N° 2730-2006-PA/TC) y un proceso de inconstitucionalidad (STC N° 0007-2007-PI/TC). Se trataba de casos en los cuales se cuestionaban resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones (la máxima autoridad electoral en el ordenamiento peruano) por haber incurrido en afectaciones al derecho al debido proceso, frente a lo cual se alegaba que el artículo 142° de la Constitución establecía expresamente que dichas resoluciones eran irrevisables en sede judicial.

A través de estos fallos, el Tribunal Constitucional dejó sentada la procedencia del amparo electoral en el ordenamiento peruano, en base a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, los cuales propugnan que se debe entender la norma constitucional como un todo orgánico y no interpretar sus disposiciones de manera aislada. En ese sentido, el supremo intérprete de la Constitución estableció la doctrina de la inexistencia de campos exentos de control constitucional en la medida en que resultaba un contrasentido con la finalidad misma de la Constitución el hecho de que se permitiera que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones resultaran irrevisables a pesar de que pudieran vulnerar derechos fundamentales que la propia Constitución protege.

Para reforzar esta argumentación, el Tribunal Constitucional hizo referencia, citando el artículo 25.1 de la Convención Americana, el cual reconoce el derecho a un recurso sencillo en defensa de los derechos humanos, a que insistir en que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones resultaban irrevisables constituía una violación de este derecho y el riesgo de una inminente condena para el Estado peruano en sede interamericana⁹.

- Amnistías y derecho a la cosa juzgada

Las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, expedidas en 1995, establecieron el archivo definitivo de los casos Barrios Altos y la Cantuta, por el que eran investigados y procesados algunos miembros de las Fuerzas Armadas que a la vez pertenecían al grupo paramilitar Colina, al cual se le atribuía la comisión de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, entre otros crímenes de lesa humanidad, en aplicación de una política aprobada desde el Poder Ejecutivo para combatir el terrorismo.

En primera instancia, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el expediente N° 00013-1996-AI/TC, había rechazado el proceso de inconstitucionalidad planteado contra tales normas. Así, el caso pasó a la Corte Interamericana, la cual, conforme fue reseñado brevemente líneas arriba, indicó que dichas leyes carecían de efectos jurídicos al constituirse en un obstáculo para el deber estatal de investigar y sancionar los crímenes cometidos, con la consecuente vulneración del derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC, FJ. 29-30.

Esto dio lugar a que el Tribunal Constitucional adecuara su razonamiento a tal posición y aplicara los estándares convencionales en los procesos de amparo o hábeas corpus interpuestos por los procesados por los crímenes de La Cantuta y Barrios Altos (Expedientes N° 4587-2004-PA/TC y N° 679-2005-PA/TC). En estos casos, reinterpreto el derecho al *ne bis in idem* y a la cosa juzgada a partir de los fallos de la Corte Interamericana, estableciendo, a contramano de lo señalado por los demandantes, que correspondía que fueran procesados nuevamente en la medida en que las leyes de amnistía bajo las cuales pretendían acogerse carecían por completo de efectos jurídicos y constituían un supuesto de nulidad de una norma. Preciso también que la potestad del Congreso para dictar leyes de amnistía no era una potestad ilimitada por cuanto debía sujetarse a los principios constitucionales y respetar los derechos fundamentales¹⁰. Asimismo, en base al fallo de la Corte Interamericana, el Tribunal Constitucional precisó que la garantía de la cosa juzgada no podía alegarse cuando esta se había producido en contravención con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra¹¹.

VI. Conclusiones

El ejercicio de ambos tipos de controles por parte de los jueces nacionales constituye, antes que una facultad o una prerrogativa dependiente del criterio jurisdiccional de cada uno, un deber y un desafío frente al cual deben encontrarse adecuadamente preparados. En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la mirada del juez, a efectos de cumplir fielmente con su misión ya no debe centrarse solamente en sujetarse a las leyes y a la Constitución del Estado del cual forman parte sino que debe abarcar los estándares establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de ella ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esa responsabilidad es mayor aún en el caso de los magistrados que integran un Tribunal Constitucional.

Si bien en principio el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad aparentan estar en planos jurídicos distintos, ya que el primero tiene su fundamento en el Derecho Internacional mientras que el segundo, en el Derecho Constitucional, se trata de instrumentos que tienen como finalidad última la defensa de los derechos de los ciudadanos, de modo tal que corresponden ser utilizados de manera complementaria, a efectos de tutelar los derechos establecidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptando la interpretación que contribuya al mejor desarrollo y optimización de tales derechos.

Desde el punto de vista de un Tribunal Constitucional, cuyo objetivo primordial es ser el guardián del orden constitucional y cuya labor por excelencia es el control de constitucionalidad, el parámetro de control para el ejercicio de esta tarea se ve enriquecido notablemente con la inclusión de los estándares convencionales, los cuales pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00679-2005-PA/TC, FJ. 22.

¹¹ *Ibíd.*

Así, los jueces deben ejercer su labor interpretativa apuntando a la armonía y concordancia entre ambos tipos de control en aras de la defensa de los derechos de la persona, lo cual deviene entonces en el principal reto de los jueces contemporáneos.

**UNIDAD III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN
NACIONAL**

4. Apuntes sobre el control de convencionalidad en el Perú, a propósito de la Opinión Consultiva 21/14 emitida por la CIDH” – Renato Sotelo

APUNTES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ A PROPÓSITO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 ¹ EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Renato Sotelo Torres²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. III. MECANISMOS PARA SU APLICACIÓN EN EL PERÚ. IV. UN PLANTEAMIENTO PROBLEMÁTICO.

RESUMEN: Este estudio tiene por finalidad analizar los alcances del denominado “control de convencionalidad” concebido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia constante como la herramienta por la cual los órganos e instituciones nacionales aplican las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados en la materia, y las interpretaciones que de estos instrumentos ha efectuado dicho tribunal. El artículo enumera un conjunto de casos resueltos por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial aplicando como parámetro de validez los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las decisiones adoptadas por sus órganos de control para, finalmente, concluir que, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la mera vigencia temporal del artículo 140° de la Constitución Política del Perú vulnera el derecho a la vida reconocido en el artículo 4° de dicho tratado. Esta situación plantearía un desafío en el modo en el que hasta ahora se ha concretizado el control de convencionalidad en el país: la necesidad de emitir una ley de reforma constitucional que tenga por finalidad modificar el artículo 140° de la Constitución.

I. Introducción

El 7 de julio de 2011 la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante a fin de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “Corte IDH”) determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres.

Según la Corte Interamericana, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún

¹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

² Abogado de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y profesor del Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Universidad de San Martín de Porres.

otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial.

Con tal fin, los Estados deben garantizar el debido proceso en procesos migratorios que involucran a niñas y niños y proscribir toda privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio

En suma, la Corte fue de opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Este pronunciamiento es, sin lugar a dudas, una guía imprescindible en el diseño e implementación de políticas públicas a favor de la niñez migrante. No obstante, el objeto de este trabajo es analizar las consideraciones esgrimidas por el tribunal interamericano en relación al control de convencionalidad y su aplicación (párrafos 31 y 32 de la opinión).

Con tal fin, expondré algunos alcances sobre el juicio de convencionalidad a partir de la jurisprudencia de la Corte para, posteriormente, traer a colación algunas decisiones adoptadas por los tribunales nacionales tomando como base los estándares normativos y jurisprudenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En último lugar, delinearé una interrogante para el debate.

II. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte ha entendido por “control de convencionalidad” aquel juicio de validez llevado a cabo por los órganos judiciales, de oficio, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes teniendo en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte³, haya sido parte o no el Estado en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia⁴.

Esta lógica es consustancial a los deberes de respeto y garantía que, conforme al derecho internacional, obligan a todos los órganos de un Estado,

³Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173; Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 193; y, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 303.

⁴Cfr. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 69.

incluidos los poderes judicial y legislativo⁵. Por ende, toda violación cometida por dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél⁶.

En Latinoamérica, el desarrollo del control de convencionalidad se vio acompañado en ocasiones por reformas a la Constitución que reconocían los derechos humanos y otorgaban a los tratados internacionales en la materia una jerarquía equivalente o superior a la del texto constitucional. Ello hacía posible integrar a los derechos humanos de fuente distinta a la Constitución en el análisis realizado por las máximas instancias judiciales al ejercer el control de constitucionalidad. El artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991, la adición del numeral 22 del artículo 75 de Constitución argentina en 1994, el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999 y el artículo 55 de la Constitución peruana de 1996 son algunos ejemplos de ello.

En dicho sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido de manera unánime que los tratados internacionales sobre derechos humanos “detentan rango constitucional”⁷. A ello ha agregado que “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”⁸.

III. Mecanismos para su aplicación en el Perú

Atendiendo a que, como se ha dicho con anterioridad, la concretización efectiva del control de convencionalidad dependerá del marco constitucional dispuesto por cada Estado para tal fin, en el Perú el control de convencionalidad se manifiesta a través de dos mecanismos: i) el control constitucional “concentrado”, llevado a cabo por el Tribunal Constitucional⁹; y, ii) el control constitucional “difuso”, realizado por el Poder Judicial¹⁰.

⁵ Cfr. Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

⁶ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, sentencia de 25 de abril de 2006, fundamento 26. En el mismo sentido, STC N° 047-2004-AI/TC, sentencia de 24 de abril de 2006, fundamento 61.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 00007-2007-PI/TC, sentencia de 19 de junio de 2007, fundamento 36.

⁹ Constitución Política del Perú:

“Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. [...]”

Código Procesal Constitucional:

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

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

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

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

¹⁰ Constitución Política del Perú:

“Administración de Justicia. Control difuso

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Ley Orgánica del Poder Judicial:

En cuanto al control constitucional concentrado, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, *inter alia*:

- i) El artículo 269 del Código de Justicia Militar que establecía la expulsión de los institutos armados que “practicasen actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar”, por vulnerar el principio de dignidad de la persona y la cláusula de igualdad¹¹.
- ii) Disposiciones de la Ley N° 28665 que regulaban la organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial por hallarlas contrarias a los principios de independencia e imparcialidad en el ámbito de los tribunales militares siguiendo los criterios de la Corte IDH en los casos DURAND Y UGARTE VS. PERÚ, CANTORAL BENAVIDES VS. PERÚ, LORI BERENSON VS. PERÚ y ALMONACID ARELLANO VS. CHILE¹².
- iii) El segundo párrafo del artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, entendiéndose que la igualdad entre los capitales peruanos y foráneos en el país ha de estar en relación directa con el principio de reciprocidad de trato que el país extranjero otorgue a los nacionales. En su sentencia, la Corte IDH trae a colación el caso LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO (OLMEDO BUSTOS Y OTROS) VS. CHILE y la OPINIÓN CONSULTIVA 5/85, LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS, para reiterar la importancia capital del rol de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático¹³.
- iv) Disposiciones del Decreto Ley N° 25475, Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; Decreto Ley N° 25659, Regulan el Delito de Traición a la Patria; Decreto Ley N° 25880, Consideran como autor de Delito de Traición a la Patria al que, valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo; y, del Decreto Ley N° 25744, Normas que se aplicarán a la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como al cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria previstos en el Decreto Ley N° 25659¹⁴. El Tribunal Constitucional recurre a la sentencia de la Corte IDH en el caso CASTILLO PETRUZZI VS. PERÚ para analizar la denominada legislación antiterrorista¹⁵.

“Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. [...]”

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 0023-2003-AI/TC, sentencia del 9 de junio de 2004, fundamentos 85 – 87.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 0006-2006-PI/TC, sentencia de 13 de junio de 2006, fundamentos 3 – 15.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 00013-2007-PI/TC, sentencia de 13 de junio de 2007, fundamento 3.

¹⁴ El TC declaró “FUNDADA, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia [...] inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475 así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación” del artículo 20º del Decreto Ley N.º 25475”. Asimismo, declaró inconstitucionales el inciso d) del artículo 12º del mismo Decreto Ley 25475, los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659, la frase “o traición a la patria” del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708, los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25880 y los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º 25744.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 00010-2002-PI/TC, sentencia de 3 de enero de 2003. Publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de enero de 2003.

En ese orden de ideas, al fundamentar sus precedentes vinculantes¹⁶, el Tribunal Constitucional también ha recurrido, entre otros: i) el artículo 15 de la CADH, para fijar los límites del derecho de reunión¹⁷; ii) el artículo 7.5 de la CADH, para determinar los criterios del plazo razonable de la prisión preventiva¹⁸; iii) el artículo 8.1.a. del Protocolo de San Salvador, para precisar las garantías frente a los despidos lesivos a la libertad sindical y el derecho de sindicación¹⁹; iv) el caso del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VS. PERÚ, para determinar las garantías del debido procedimiento administrativo y el derecho de impugnación de los actos de la administración²⁰; y, v) el artículo 14 de la CADH y la Opinión Consultiva OC-7/86 sobre Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, para fijar la configuración del derecho a la rectificación y su validez como mecanismo de protección²¹.

En relación al control constitucional difuso²², la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha inaplicado, entre otros:

- i) El artículo 521° .1 del Decreto Legislativo N° 957²³ por contravenir disposiciones constitucionales y el artículo 7.2 de la CADH²⁴.
- ii) Los artículos 116° y 117° de la Ley N° 26702, Ley General de Banca y Seguros, por afectar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH²⁵.
- iii) Los artículos 400° del Código Civil por contravenir el artículo 2.1 de la Constitución y los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁶.
- iv) El artículo 189° .4, 2° párr. del Código Penal por transgredir el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷.

¹⁶ Código Procesal Constitucional

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 4677-2004-PA/TC (Caso Confederación General de Trabajadores del Perú), sentencia de 7 de diciembre de 2005, fundamento 17.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 3771-2004-HC/TC (Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón), sentencia de 29 de diciembre de 2004, fundamento 10.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 0206-2005-PA/TC (Caso Cesar Antonio Baylón Flores), sentencia de 28 de noviembre de 2005, fundamento 14.

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 3741-2004-PA/TC (Caso Ramón Hernando Salazar Yarlénque), sentencia de 14 de noviembre de 2005, fundamento 18.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 3362-2004-PA/TC (Caso Prudenciano Estrada Salvador), sentencia de 29 de agosto de 2006, fundamentos 5, 7, 13, 14, 15 y 24.

²² De acuerdo al artículo 14 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial (anexo al Decreto Supremo N° 017-93-JUS) las sentencias resueltas con arreglo a la Constitución inaplicando una norma con rango de ley contraria a esta, son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual podrá confirmar la decisión.

²³ "Artículo 521 Procedimiento de la extradición.-

1. Recibida por la Fiscalía de la Nación el pedido de extradición, el Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de detención para fines extradicionales contra la persona requerida, si es que no se encontrare detenida en mérito a una solicitud de arresto provisorio. [...]"

²⁴ PODER JUDICIAL. Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 5 de julio de 2012, fundamento noveno, recaída en la Consulta N° 649 – 2012 (Lima).

²⁵ PODER JUDICIAL. Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 12 de abril de 2012, fundamento sexto, recaída en la Consulta N° 4328 – 2011 (El Santa); y, Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 12 de abril de 2012, fundamento quinto, recaída en la Consulta N° 4330 – 2011 (El Santa).

²⁶ PODER JUDICIAL. Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 17 de mayo de 2011, fundamento sexto, recaída en la Consulta N° 4364 – 2010 (Piura); Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 17 de mayo de 2011, fundamento sexto, recaída en la Consulta N° 4076 – 2010 (Lima); y, Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 8 de abril de 2010, fundamento sexto, recaída en la Consulta N° 4364 – 2010 (Piura)

En relación a las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento²⁸ en todas las instancias judiciales, valga como ejemplo traer a colación el precedente vinculante R. N. N° 1062 – 2004 donde se valoró la sentencia de la Corte Interamericana recaída en el caso DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ para señalar que un acto médico no puede ser penalizado, pues “no sólo es un acto esencialmente ilícito, sino que es un deber del médico el prestarlo”²⁹.

Asimismo, la Sala Permanente de la Corte Suprema hizo referencia al artículo 7 de la CADH para señalar que un auto sobre prisión preventiva en vía de apelación, deberá ser “debidamente motivado”³⁰ y al artículo 8.1 de dicho instrumento para casar una sentencia recurrida hallándose una infracción al derecho a la imparcialidad judicial³¹.

Finalmente, debe recordarse que el 27 de septiembre de 2012, la Corte Suprema declaró nula³² una ejecutoria³³ que contradijeron las sentencias de fondo³⁴ y supervisión de cumplimiento³⁵ emitidas por la Corte Interamericana en el caso BARRIOS ALTOS VS. PERÚ donde dicho Tribunal calificó como violaciones graves de los derechos humanos a las ejecuciones arbitrarias cometidas por el denominado “Grupo Colina” y, por ende, improcedentes

IV. Un planteamiento problemático

La OC-21/14 ha estimado necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también **sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva**³⁶.

La Corte arriba a esta conclusión luego de afirmar que los Estados, al ratificar un tratado, están vinculados también por la interpretación que haga de él su

²⁷ PODER JUDICIAL. Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 22 de junio de 2010, fundamentos cuarto, sexto y séptimo, recaída en la Consulta N° 4645 – 2009 (Lambayeque).

²⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial (Anexo - Decreto Supremo N° 017-93-JUS)

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

²⁹ PODER JUDICIAL. Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 22 de diciembre de 2004, fundamento séptimo.

³⁰ PODER JUDICIAL. Casación N° 70-2010 (Lambayeque). Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 26 de abril de 2011.

³¹ PODER JUDICIAL. Casación N° 106-2010 (Moquegua). Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 03 de mayo de 2011.

³² PODER JUDICIAL. R. N. N° 4104 – 2010 (Lima) Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 27 de diciembre de 2012.

³³ PODER JUDICIAL. R. N. N° 4104 – 2010 (Lima) Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 13 de junio de 2012.

³⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

³⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, párr. 48.

³⁶ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

órgano de control en el ejercicio de cualquier competencia otorgada. Consecuentemente, toda opinión consultiva es vinculante para los órganos públicos, inclusive para los órganos legitimados para llevar a cabo una reforma constitucional: el Congreso de la República.

En ese sentido, la referencia al poder legislativo, premunido de las facultades constitucionales para llevar a cabo una reforma a la Constitución, no es antojadiza. En anterior oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que normas como el artículo 140 de la Constitución Política del Perú, mediante la cual se amplían los casos de aplicación de la pena de muerte a delitos exentos de la aplicación de esa pena en la Constitución Política vigente desde el año 1979, contraría lo previsto en el Artículo 4, párrafos 2 y 3, de la Convención Americana³⁷. De acuerdo con la Constitución Política de 1979, en el Perú la pena de muerte se aplicaba exclusivamente al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior.

En ese orden de ideas, el Congreso de la República es el órgano legitimado para llevar a cabo un control de convencionalidad de la disposición constitucional según el artículo 206 de la Constitución, quedando impedido el Tribunal Constitucional de efectuar un control abstracto de validez sobre su propia norma de creación.

Ello plantearía un desafío sobre el modo en el que se ha concretizado hasta ahora el control de convencionalidad.

En el análisis de tal escenario no debe perderse perspectiva que los derechos humanos, como afirma Manuel Atienza, no deben ser comprendidos únicamente en términos normativos, sino también como criterios de validez del Derecho³⁸. En consecuencia, la opción preferente por el dignidad humana fundamentaría la supresión de una norma que, siendo retroactiva en el reconocimiento de derechos humanos, no solo contraviene el artículo 4 (incisos 2 y 3) de la Convención Americana, sino el derecho a la vida reconocido en el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución interpretado a la luz de tal disposición convencional.

³⁷ Para la Corte Interamericana, la Convención Americana “prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, ipso jure, en una resolución definitiva e irrevocable”. Cfr. Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 56.

³⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2012. p. 225.