

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER  
COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL  
PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO  
(SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS)**

Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho que  
presenta la bachiller:

**NATALIA TORRES ZÚÑIGA**

**Asesor: ABRAHAM SANTIAGO SILES VALLEJOS**

Lima-Perú, 2012

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	12
<b>CAPÍTULO 1: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y ASPECTOS GENERALES.....</b>	<b>18</b>
1.1 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONCEPTUALIZACIÓN .....	19
1.2 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL SIDH.....	23
1.2.1 <i>El uso del término en el sistema europeo de protección de derechos del individuo</i> .....	24
1.2.2 <i>El uso de la figura respecto de normas del Sistema ONU</i> .....	26
1.3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS JUECES NACIONALES Y LA CORTE IDH SE DERIVA DEL ARTÍCULO 2 DE LA CADH .....	29
1.4 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SE DERIVA DEL ARTÍCULO 9 DE LA CADH .....	31
1.5 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO PARTE DE LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE IDH .....	33
1.5.1 <i>Los artículos 62.3 y 64.2 de la CADH</i> .....	33
1.5.2 <i>La responsabilidad internacional en el SIDH como sustento de la función de control normativo de la Corte IDH</i> .....	34
1.6 MANIFESTACIONES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: USO DIRECTO E INDIRECTO .....	36
1.6.1 <i>Aplicación directa del control de convencionalidad</i> .....	37
1.6.2 <i>Uso indirecto o interpretativo del parámetro de convencionalidad</i> .....	38
1.7 PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD: NORMA CONTROLADORA.....	43
1.7.1 <i>Otros tratados del SIDH</i> .....	48

1.7.1.1 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	49
1.7.1.2 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) .....	51
1.7.1.3 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).....	54
1.7.1.4 Tratados sobre los que la Corte IDH no ejerce competencia contenciosa.....	56
1.7.1.4.1 <i>El caso del Protocolo de San Salvador</i> .....	59
<b>1.7.2 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) 61</b>	
1.7.2.1 La DADDH y la CADH.....	61
1.7.2.2 La DAADH y la CIDH .....	63
1.7.2.3 La Corte IDH y la DADDH.....	65
<b>1.7.3 Jurisprudencia de la Corte IDH para los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH..... 67</b>	
1.7.3.1 La tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH .....	69
1.7.3.1.1 <i>La distinción entre la cosa juzgada y la cosa interpretada</i> .....	75
1.7.3.1.2 <i>La noción de garantía colectiva</i> .....	77
1.7.3.1.3 <i>La indeterminación y evolución de los tratados del SIDH</i> .....	79
1.7.3.1.4 <i>La función armonizadora de la jurisprudencia de la Corte IDH</i> .....	81
1.7.3.1.5 <i>La práctica de los Estados</i> .....	83
<b>1.7.4 ¿Las opiniones consultivas forman parte del canon interamericano?. 85</b>	
1.7.4.1 La autovinculación de la Corte IDH .....	86
1.7.4.2 La práctica de los Estados .....	88
<b>1.7.5 Parámetro de convencionalidad para Estados que no han ratificado la CADH: el caso de la DADDH..... 90</b>	
<b>1.8 OBJETO DE CONTROL DEL EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD ..... 93</b>	
<b>1.8.1 Normas del ordenamiento de un Estado parte del SIDH ..... 94</b>	
<b>1.8.2 Omisiones legislativas ..... 96</b>	
<b>CAPITULO 2: LA RELACIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ..... 99</b>	
<b>2.1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO Y ELEMENTOS PARA EL EJERCICIO COMPARATIVO..... 100</b>	

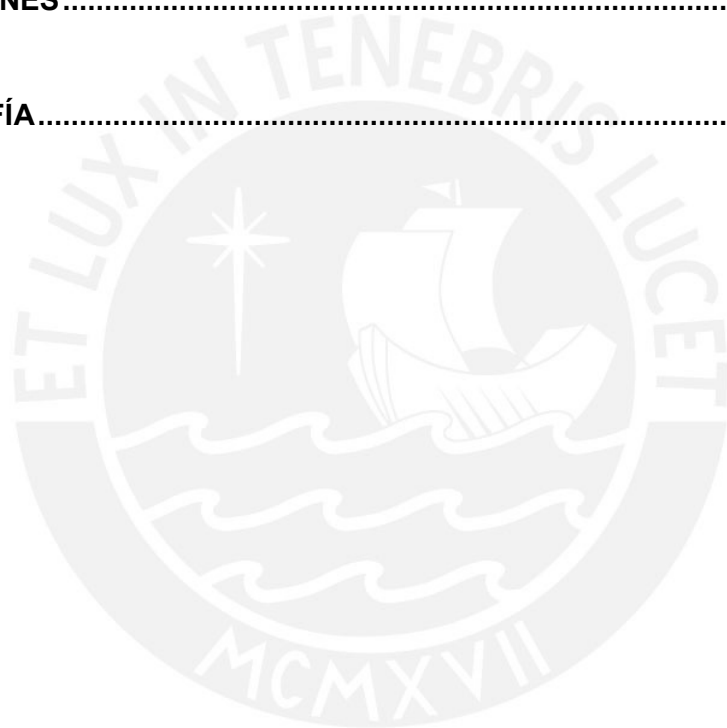
<b>2.2 TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CON LOS QUE SE ESTABLECE UN EJERCICIO COMPARATIVO .....</b>	<b>106</b>
<b>2.2.1 Generalidades sobre el control de constitucionalidad .....</b>	<b>111</b>
<b>2.2.2 Control difuso .....</b>	<b>112</b>
<b>2.2.3 Control constitucional in abstracto.....</b>	<b>117</b>
2.2.3.1 Ex ante .....	118
2.2.3.2 Ex post .....	121
<b>2.3 JUSTIFICACIÓN DEL EJERCICIO COMPARATIVO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>122</b>
<b>2.3.1 Razones para la comparación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a cargo del juez nacional .....</b>	<b>124</b>
2.3.1.1 La construcción de un canon de control normativo común .....	124
2.3.1.2 Pluralismo jurídico y apertura constitucional.....	129
2.3.1.2.1 La reconfiguración de la pirámide kelseniana y el control de convencionalidad.130	
<b>2.3.1.2.1.1 La relación entre el parámetro convencional y las normas inferiores a la constitución .....</b>	<b>132</b>
<b>2.3.1.2.1.2 La relación entre el parámetro convencional y las normas constitucionales.....</b>	<b>134</b>
<b>2.3.1.2.3 La plenitud del ordenamiento jurídico y el diálogo interjudicial</b>	<b>138</b>
<b>2.3.2 El control de convencionalidad por la Corte IDH y contraste con el control de constitucionalidad.....</b>	<b>141</b>
2.3.2.1 Semejanzas con la justicia constitucional.....	147
2.3.2.1.1 Identidad parcial entre los catálogos de derechos de la Constitución formal y del parámetro convencional .....	147
2.3.2.1.2 La garantía jurisdiccional transnacional de los derechos humanos.....	159
<b>2.3.2.1.2.1 El concepto de control como elemento común a ambas jurisdicciones .....</b>	<b>160</b>
<b>2.3.2.1.2.2 El papel de máximo intérprete del juez constitucional y el juez interamericano.....</b>	<b>165</b>
<b>2.3.2.1.2.3 La labor interpretativa que llevan a cabo ambos tipos de jueces .....</b>	<b>171</b>

2.3.2.2 Los elementos distintivos .....	174
2.3.2.2.1 <i>La Constitución del Estado vs. la CADH y otros tratados</i> .....	174
2.3.2.2.2 <i>El principio de jerarquía vs. el principio de primacía</i> .....	178
<b>CAPÍTULO 3: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO .....</b>	<b>184</b>
<b>3.1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO .....</b>	<b>185</b>
<b>3.1.1 <i>La cláusula de apertura constitucional de la Constitución de 1993</i> ...</b>	<b>186</b>
<b>3.1.2 <i>Rango constitucional de los tratados de derechos humanos</i>.....</b>	<b>192</b>
<b>3.1.3 <i>Otras posiciones relativas al rango de los tratados de derechos humanos</i> .....</b>	<b>195</b>
<b>3.1.4 <i>Una crítica a la teoría del rango constitucional de los tratados</i>.....</b>	<b>199</b>
3.1.4.1 <i>La práctica del juez peruano</i> .....	202
<b>3.2 LOS INSTRUMENTOS QUE CONFORMAN EL PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO .....</b>	<b>204</b>
<b>3.3 EL OBJETO DE CONTROL DEL CANON DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO .....</b>	<b>206</b>
<b>3.3.1 <i>Normas con rango de ley y tratados con rango de ley</i> .....</b>	<b>206</b>
<b>3.3.2 <i>Normas de rango reglamentario</i>.....</b>	<b>208</b>
<b>3.3.3 <i>Normas de rango constitucional</i> .....</b>	<b>208</b>
3.3.3.1 <i>Un ejemplo práctico: El artículo 140 de la Constitución de 1993</i> .....	212
<b>3.3.4 <i>Las omisiones legislativas</i>.....</b>	<b>215</b>
<b>3.4 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ¿UNIFORMIDAD O CONFORMIDAD EN TÉRMINOS DE NO CONTRADICCIÓN - ARMONIZACIÓN?.....</b>	<b>217</b>
<b>3.5 LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONVENCIONALIDAD- INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO .....</b>	<b>220</b>
<b>3.5.1 <i>Control de convencionalidad difuso en un proceso judicial ordinario</i></b>	<b>222</b>

<b>3.5.2 Control de convencionalidad difuso en un proceso constitucional de la libertad .....</b>	<b>228</b>
3.5.2.1 Ejemplos de control difuso de convencionalidad en procesos constitucionales .....	231
<b>3.5.3 Control de convencionalidad concentrado.....</b>	<b>233</b>
3.5.3.1 Ejemplos de control de convencionalidad en sentido concentrado .....	235
<b>3.6 USO DEL CANON INTERAMERICANO: APLICACIÓN DIRECTA E INTERPRETATIVA DEL CANON INTERAMERICANO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO .....</b>	<b>239</b>
<b>3.6.1 Aplicación directa del canon interamericano .....</b>	<b>239</b>
<b>3.6.2 Uso indirecto o interpretativo del canon interamericano .....</b>	<b>240</b>
3.6.2.1 Canon interamericano como argumento de autoridad .....	241
3.6.2.1.1 Argumento de autoridad ad abundantiam.....	241
<b>3.6.2.1.1.1 Amparo electoral.....</b>	<b>243</b>
3.6.2.1.2 Argumento de autoridad complementario.....	248
<b>3.6.2.1.2.1 Justicia Militar: independencia e imparcialidad .....</b>	<b>248</b>
3.6.2.2 Incorporación del estándar interamericano en el estándar constitucional.....	254
3.6.2.2.1 Amnistías y derecho a la cosa juzgada .....	256
<b>3.6.2.2.1.1 Nulidad de las leyes de autoamnistía: Incorporación de un nuevo criterio de validez .....</b>	<b>257</b>
<b>3.6.2.2.1.2 Reconceptualización de la cosa juzgada .....</b>	<b>258</b>
<b>3.6.3 Un ejemplo de retroceso en la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH: caso el Frontón .....</b>	<b>261</b>
 <b>CAPÍTULO 4: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ DE LA CORTE IDH A PARTIR DE CASOS CONCRETOS Y CONTROL PREVENTIVO IN ABSTRACTO .....</b>	<b>267</b>
 <b>4.1 MODALIDADES DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO .....</b>	<b>268</b>
<b>4.1.1 Control de convencionalidad en la vía consultiva.....</b>	<b>270</b>

<b>4.1.2 Control de convencionalidad en la vía contenciosa .....</b>	<b>273</b>
<b>4.2 PARÁMETRO CONTROLADOR, NORMAS OBJETO DE CONTROL Y USOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....</b>	<b>274</b>
<b>4.3 ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DE LAS MODALIDADES DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>275</b>
<b>4.3.1 Función consultiva como control previo de convencionalidad .....</b>	<b>276</b>
4.3.1.1 Los efectos de una Opinión Consultiva sobre leyes y proyectos de ley.....	281
4.3.1.1.1 La posición negativa.....	281
4.3.1.1.2 ¿Es posible que la función consultiva sobre leyes y proyectos de ley haya adquirido naturaleza jurisdiccional o vinculante? .....	285
<b>4.3.1.1.2.1 Similitudes entre la función consultiva y la función jurisdiccional .....</b>	<b>287</b>
<b>4.3.1.1.2.2 El argumento evolutivo .....</b>	<b>290</b>
<b>4.3.1.1.2.3 El diseño del proceso consultivo ante la Corte IDH.....</b>	<b>295</b>
4.3.1.4 Conclusiones sobre la naturaleza de la función consultiva de la Corte IDH ....	297
<b>4.3.2 Control de convencionalidad en la vía contenciosa como control ex – post.....</b>	<b>299</b>
4.3.2.1 El control de convencionalidad ex – post a partir de casos de víctimas reales	300
4.3.2.1.1 Examen de convencionalidad sobre leyes migratorias.....	303
4.3.2.1.2 Examen de convencionalidad sobre leyes electorales .....	305
<b>4.3.2.1.2.1 Inconvencionalidad de leyes que exigen la conformación de partidos políticos como único canal para participar en procesos electorales.....</b>	<b>305</b>
<b>4.3.2.1.2.2 Inconvencionalidad de leyes que impiden el acceso a un recurso efectivo en materia electoral .....</b>	<b>307</b>
4.3.2.1.3 Examen de convencionalidad sobre leyes procesales penales.....	308
4.3.2.1.4 Control de convencionalidad sobre omisiones legislativas.....	310
4.3.2.2 Control de convencionalidad ex-post sobre normas que aun no han surtido efectos en la esfera de derechos de la víctima: víctima potencial.....	314
4.3.2.2.1 La viabilidad del concepto de víctima potencial en el DIDH .....	315
4.3.2.2.2 La víctima potencial en el Sistema Universal de Derechos Humanos.....	315
4.3.2.2.3 La víctima potencial en el Sistema Europeo de Derechos Humanos .....	317
4.3.2.2.4 La víctima potencial en el SIDH.....	320
4.3.2.2.5 ¿Se debe incorporar el concepto de víctima potencial al SIDH?.....	321
4.3.2.3 Los efectos del examen de convencionalidad ex – post .....	324

4.3.2.3.1 La reparación por la declaratoria de incompatibilidad de normas de derecho interno .....	324
4.3.2.3.2 ¿La declaratoria de incompatibilidad por parte de la Corte IDH involucra la anulación directa de una norma de derecho interno?.....	326
4.3.2.3.3 La declaratoria de incompatibilidad y las formas de adecuación del derecho interno .....	330
<b>4.4 ¿ES POSIBLE ACTIVAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX POST SIN LA EXISTENCIA DE UNA VÍCTIMA? .....</b>	<b>337</b>
<b>4.4.1 El requisito de la víctima para la declaratoria de responsabilidad internacional .....</b>	<b>339</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>344</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>354</b>





*A Martha Cristina Zúñiga Urbina*



## Agradecimientos

Esta investigación logró concluirse gracias al apoyo de varias personas, por ello creo necesario hacer referencia a algunas de ellas. En primer lugar, debo agradecer a Dios y a mi familia materna, los Zúñiga, en especial a mi abuelo Benjamín y a mi tía Rosa; también a quienes que ya no están a mi lado, como mi abuela Cristina y mi tía Flor.

La paciencia y el amor de mi madre han sido el soporte principal para sacar adelante la tesis. Ella es mi aliada incondicional, sin su esfuerzo no hubiera podido llegar hasta este punto del camino; mi hermana Cecilia, no dudará en suscribir plenamente el comentario acerca de nuestra mamá, ambas sabemos que siempre podemos contar con ella, nos lo ha demostrado de incontables maneras.

Durante este tiempo, mi madre ha compartido conmigo mis expectativas sobre la tesis y en los momentos más complicados de esta etapa, siempre estuvo dispuesta a escucharme y brindarme palabras de aliento y de confianza. Estas líneas siempre serán insuficientes para agradecerle todo lo que ella me dado, no solo en este, sino en cada momento de mi vida; a su modo, ha escrito la tesis junto a mi.

Por otro lado, debo mencionar a mi asesor, el Doctor Abraham Siles, quien tuvo la gentileza de brindarme su tiempo y apoyo constantes; sus comentarios y críticas al trabajo siempre me ayudaron a centrar el objeto del mismo. Le agradezco que me haya permitido acompañarle como adjunta de docencia en las clases de Derecho Constitucional e Introducción a las Ciencias Jurídicas que dicta en el pregrado de la Facultad de Derecho, esta fue una experiencia de constante aprendizaje y de mucho valor para mí.

Asimismo, quiero expresar mi agradecimiento al Doctor Alfredo Villavicencio por todo el apoyo brindado para la culminación de esta investigación y al Doctor César Landa por sus valiosos comentarios a la tesis.

También debo mencionar a la familia Cereceda, a Beatriz Santivañez, a Teresa Ariza, a Erika Izquierdo, a Luisa Fernanda Maldonado, a Jacqueline Julca y a Deborah Torres, por todo el cariño y acompañamiento que me brindaron durante esta etapa.

Finalmente, no quisiera dejar de expresar mi gratitud a los miembros del Equipo de Derecho Internacional y Derechos Humanos, con quienes comparto una amistad que ha ido más allá de nuestras reuniones semanales como grupo de discusión y que se ha fortalecido con el paso del tiempo.



## Glosario

<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional Peruano
<b>DIDH</b>	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
<b>DESC</b>	Derechos económicos, sociales y culturales
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>DADDH</b>	Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre
<b>CIDFP</b>	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
<b>CIPST</b>	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

## Introducción

La presente investigación se divide en cuatro capítulos que desarrollan, desde el punto de vista del derecho constitucional, el concepto y alcances del control de convencionalidad en el derecho peruano y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Un elemento presente a lo largo de la tesis es que el control de convencionalidad es un deber que atañe a las jurisdicciones nacionales –en específico el caso del juez constitucional peruano– y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Si bien es cierto, la competencia de la Corte IDH se activa de forma subsidiaria y son los jueces nacionales los primeros llamados a llevar a cabo este tipo de examen normativo en el marco de su jurisdicción, también se puede afirmar que existe una relación de coordinación, cooperación y complementariedad entre la justicia constitucional y la justicia interamericana que se refleja en la constante interacción entre ellas –todo ello es distinto al concepto de concurrencia de jurisdicciones –.

En ese sentido, la investigación plantea que a través de este control las jurisdicciones constitucional e interamericana cumplen un rol de garantes frente a las acciones u omisiones del legislador y de los jueces nacionales. Asimismo, se establece que el control de convencionalidad se desarrolla en un contexto de constante diálogo entre la judicatura nacional y la Corte IDH.

El examen de convencionalidad es una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) – como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros– que los jueces nacionales y la Corte IDH efectúan a fin de determinar la conformidad del derecho interno de los Estados a los estándares impuestos por las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han sido asumidas por ellos mismos.

A partir de ello, en el capítulo 1 se establecen los aspectos generales del control de convencionalidad, es decir, sus orígenes y fundamento jurídico; el uso de esta figura en los Sistemas Europeo y Universal de Derechos Humanos así como en los sistemas jurídicos nacionales.

Asimismo, se plantean algunos conceptos como el de canon interamericano, que se define como el conjunto de instrumentos pertenecientes al SIDH que se emplean para controlar las normas de derecho interno –incluidas las interpretaciones judiciales– y las omisiones legislativas; estas últimas se conceptualizan como objeto controlado.

Dentro de los instrumentos que conforman el canon interamericano se debe resaltar a las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte IDH en el ejercicio de sus funciones. En concreto, se establecen algunos elementos teóricos que permiten afirmar que ambas tienen efectos generales y vinculantes para el Estado condenado o que solicitó una consulta a la Corte IDH, así como para el resto de Estados que tienen un vínculo con el SIDH.

Un aspecto que tampoco debe perderse de vista son las modalidades a través de las cuales se lleva a cabo el control de convencionalidad. En efecto, la tesis plantea con algunos ejemplos que tanto el juez nacional como el juez de la Corte IDH pueden llevar a cabo el examen normativo de manera directa o indirecta (interpretativa).

En el capítulo 2, se establecen los fundamentos teóricos que sustentan el ejercicio comparativo entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad que se lleva a cabo en un ordenamiento nacional y entre este y el que ejecuta la Corte IDH.

En ese sentido, el capítulo en mención desarrolla las categorías del control de constitucionalidad que servirán para establecer un contraste con la técnica de control de convencionalidad, a fin de diferenciarlos o visibilizar las similitudes entre los mismos.

Si bien es cierto el control de convencionalidad lo puede llevar a cabo cualquier juez nacional, por cual la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad es más bien contingente, en el contexto actual, el examen de

convencionalidad se vincula a la labor que llevan a cabo los jueces constitucionales y las Altas Cortes de los Estados Latinoamericanos, que usualmente tienen a su cargo el control de constitucionalidad por la vía del control concentrado, el control difuso o los controles mixtos o duales.

En efecto, si se atiende al fenómeno de apertura constitucional, que ha traído consigo la relativización de la unidad y plenitud del ordenamiento interno, entonces es posible establecer una relación entre constitución y canon interamericano, que en términos de la doctrina se define como de “coordinación” o “cooperación”.

Con relación al sistema de fuentes, la apertura constitucional ha significado que los tratados de derechos humanos se consideren formal o materialmente normas constitucionales, lo que redundará en la identificación del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad; esto se refuerza cuando los efectos del primero se equiparan a los del segundo, es decir, un examen de convencionalidad al igual que el examen de constitucionalidad traerá como consecuencias la reinterpretación, invalidación o inaplicación de las normas inconvencionales.

Asimismo, la legitimidad de la comparación entre las técnicas de control normativo de la justicia interamericana y la justicia constitucional se fundamenta en el hecho que estas tienen elementos u objetos de protección comunes –la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos del individuo–; la existencia de una noción de control común y afín al control de convencionalidad y constitucionalidad; y en el rol de máximos intérpretes que la Corte IDH y las Altas Cortes cumplen en sus espacios de acción.

Sin embargo, el estudio descarta que haya una identidad entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, pues ello llevaría a concluir que la Corte IDH cumple el rol de un tribunal supraconstitucional y al establecimiento de jerarquías de un sistema normativo sobre otro.

En el capítulo 3 se afirma que el ordenamiento peruano se define como modelo de Estado Constitucional Cooperativo, ya que posee una cláusula de apertura constitucional y en la práctica el Tribunal Constitucional peruano (TC) viene aplicando

el control de convencionalidad en los procesos de control concentrado y los procesos constitucionales de la libertad, aunque de manera implícita.

En ese sentido, se analiza el control de convencionalidad que lleva a cabo el juez constitucional peruano, concluyéndose que existe una identidad entre este tipo de examen normativo y el modelo de control de constitucionalidad del ordenamiento, cuestión que se visibiliza en los efectos del examen de convencionalidad respecto de las normas de rango infraconstitucional y las omisiones legislativas y en la constitucionalización de los contenidos del canon interamericano cuando se incorporan al derecho nacional.

Asimismo, se evalúa la relación entre las normas constitucionales y las normas que conforman el canon de convencionalidad, concluyéndose que forman parte de un todo unitario y que la relación entre las mismas es de horizontalidad, descartándose de esta forma una relación de jerarquía entre los mismos.

Para entender el vínculo entre el parámetro interamericano y las normas constitucionales se plantea que el primero es siempre un derecho de mínimos y no de uniformidad, por lo cual el juez nacional o quien aplica derecho siempre estarán en posibilidades de otorgar un contenido distinto –en términos progresividad– al parámetro de convencionalidad.

De otro lado, el capítulo 3 incide en las modalidades de control de convencionalidad que lleva a cabo el juez constitucional, concluyéndose que el uso directo del canon de convencionalidad es poco recurrente, por lo cual no se declaran violaciones autónomas de los tratados que forman parte del mismo; siendo el uso indirecto o interpretativo el canal a través del cual se lleva a cabo el examen de convencionalidad-constitucionalidad.

En ese sentido, también se analiza el grado o la intensidad con la que el canon interamericano influye en la labor de control normativo que lleva a cabo el juez constitucional. Para ello se ha establecido una clasificación que cataloga el uso del canon interamericano de la siguiente manera: argumento de autoridad *ad abundatiam*; argumento de autoridad complementario; incorporación del canon interamericano al



estándar constitucional. A partir de estos elementos se analizan algunas sentencias emitidas por el TC.

En el capítulo 4 se desarrollan las modalidades de control de convencionalidad de las leyes y proyectos de ley que efectúa la Corte IDH. En ese sentido, se utilizan categorías del control de constitucionalidad para establecer que la Corte IDH lleva a cabo dicho examen en la vía consultiva y en la vía contenciosa, definiéndose la primera como control previo *in abstracto* mientras que la segunda se define como control posterior de casos concretos.

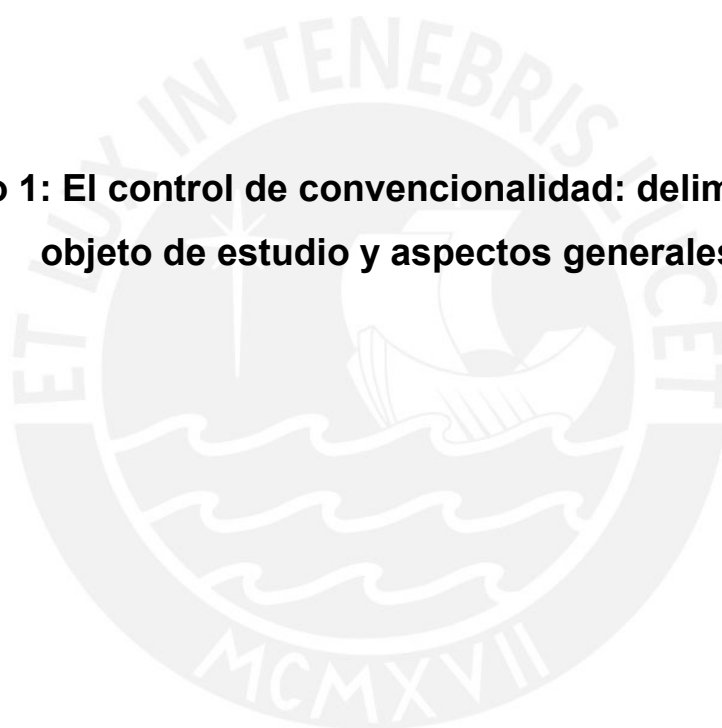
Este capítulo tiene como presupuesto que la Corte IDH lleva a cabo un examen de convencionalidad a la luz del principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, esto es lo que distingue su labor de la de un juez constitucional, cuya labor se basa en los principios de jerarquía y supremacía constitucional. En ese sentido, se refuerza la idea de que la jurisdicción internacional es siempre complementaria y no una cuarta instancia de revisión.

Así, esta investigación propone que la función consultiva que se lleva a cabo para contrastar las leyes y los proyectos de ley a la luz de la CADH y los otros instrumentos que conforman el canon interamericano puede catalogarse como un examen de convencionalidad con efectos vinculantes, destinado a prevenir la violación concreta de los derechos del individuo que se protegen en el SIDH.

Asimismo, se analiza la forma en que el control de convencionalidad se lleva a cabo en la vía contenciosa, para proteger a los derechos de una víctima real o de una víctima potencial. En ese sentido, se discuten los efectos de un fallo emitido en la vía contenciosa respecto de las normas u omisiones del derecho interno declaradas como inconvencionales.

En líneas generales, el derrotero de este ejercicio apunta a visibilizar el importante papel que cumple la figura de control de convencionalidad en el SIDH, sus desarrollos, sus limitaciones y los retos pendientes sobre la materia

## Capítulo 1: El control de convencionalidad: delimitación del objeto de estudio y aspectos generales



## 1.1 El control de convencionalidad: conceptualización

El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional –se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez–.<sup>1</sup>

En concreto, la CADH funciona como parámetro controlador –de uso directo o indirecto–, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales en general a la que se le denomina obligación *ex officio*,<sup>2</sup> y también una función que ejerce la Corte IDH en particular.

No obstante ello, la CADH no es la única norma dentro del SIDH que sirve como parámetro controlador, como se verá más adelante, existe un canon de convencionalidad conformado por diversos instrumentos pertenecientes al ámbito regional.

Ahora bien, hay un sector de la doctrina que considera que el control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte IDH en función de una interpretación evolutiva de la CADH<sup>3</sup>; y finalmente hay quienes consideran que el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH es una función inherente que se deriva de la propia CADH y de la garantía colectiva que sustenta el SIDH.

---

<sup>1</sup> Las interpretaciones de un dispositivo legal que realiza un juez también son norma. Debe tenerse en cuenta que se parte de la distinción entre disposición y norma. La disposición, según Guastini, es cualquier enunciado que forma parte de una fuente del derecho, mientras que el concepto de norma se refiere al sentido o significado de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. GUASTINI, Ricardo. 1999. *Estudios sobre Interpretación Jurídica*. México D. F.: UNAM, p. 11. Igualmente, Díaz Revorio señala que la norma es el producto de la labor interpretativa que se hace del precepto, que el significado del precepto legal es el resultado de su interpretación. DÍAZ REVORIO, Javier. 2003. *La Interpretación Constitucional de la Ley*. Lima: Palestra, p. 48.

<sup>2</sup> 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, párrafo 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párrafo 219; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217 párrafo 202.

<sup>3</sup> Rey Cantor ha señalado que la figura de control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte, que se deriva del principio “kompetenz - kompetenz”, entre otros argumentos. REY CANTOR, Ernesto. 2008. *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D. F.: Porrúa, p. 42.

En esta tesis se adopta la segunda de estas posiciones. Lo cierto es que a nivel contencioso, la Corte IDH ha emitido diversas sentencias en las que ha realizado un ejercicio de control de convencionalidad mucho antes de la primera mención expresa a la figura en análisis.

Al respecto, se puede mencionar algunas de ellas: Suárez Rosero vs. Ecuador; Trujillo Oroza vs. Bolivia; Barrios Altos vs. Perú; Palamara Iribarne vs. Chile; Castillo Petrucci vs. Perú; Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.<sup>4</sup>

Ahora bien, la mención al término “control de convencionalidad” se realizó por primera vez en el caso Almonacid Arellano. Asimismo, este concepto también se ha desarrollado en los casos Vargas Areco, La Cantuta, Boyce y Helidoro Portugal de los años 2006, 2007 y 2008 respectivamente. En ellos se hizo referencia a la obligación del juez nacional de realizar el control de convencionalidad junto al control normativo basado en normas de derecho interno.

Las referencias a esta obligación también se han planteado de manera expresa por los propios tribunales nacionales. El caso mexicano es un claro ejemplo de ello, ya que recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha dispuesto que todo juez en el ámbito jurisdiccional de México debe realizar control de convencionalidad respecto de las normas de derecho interno.<sup>5</sup>

En concreto la Suprema Corte de Justicia de este país indicó que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad mexicano –este es un tema que se analizará en el capítulo 2–, y es una obligación *ex officio* para el sistema de justicia de dicho país.

---

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 41; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64; *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

<sup>5</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el expediente N° 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011, considerandos 4, 5 y 6,

En ese sentido, se refirió a los canales a través de los cuales se lleva a cabo el examen y las consecuencias del mismo; en concreto planteó que el juez mexicano puede declarar la invalidez, o inaplicar la norma inconvencional, teniendo los mismos efectos del control de constitucionalidad.<sup>6</sup>

En el mismo sentido, la Suprema Corte de México indicó que el juez mexicano tiene en sus manos el deber de **interpretar las leyes conforme** a los tratados de derechos humanos, es decir, este no necesariamente va a inaplicar o declarar una norma como inválida si es que tiene la posibilidad de brindar una interpretación jurídicamente válida.<sup>7</sup>

De acuerdo con su razonamiento, si es que se parte del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, se debe promover una interpretación que permita mantener la norma en el ordenamiento y sea conforme al canon de convencionalidad.<sup>8</sup>

De este modo, en México se ha hecho explícito que cualquier norma, que como resultado de un examen o contraste realizado a la luz tratados internacionales ratificados por dicho país, resulte contraria a los derechos humanos, debe reinterpretarse, inaplicarse e incluso invalidarse.

Por otro lado, los esbozos sobre la conceptualización del control de convencionalidad por la Corte IDH han sido ya abordados por el Juez García Ramírez en diversos votos emitidos desde el año 2003.

En los asuntos Myrna Mack Chang, Tibi y López Álvarez, el magistrado en mención incorporó el término control de convencionalidad para referirse a la labor que efectúa la Corte IDH cuando contrasta normas de derecho interno a la luz de la CADH y determina la incompatibilidad de las mismas sobre la base de la globalidad de la responsabilidad del Estado.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Ídem. punto resolutivo 7.

<sup>7</sup> Ídem, considerando 33

<sup>8</sup> Íbid.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del Juez García Ramírez; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto del Juez García Ramírez.

Por otro lado, en algunas ocasiones la Corte IDH ha emitido opiniones consultivas en las que contrasta el parámetro interamericano con normas de derecho interno (incluidas las constitucionales). En ese sentido, a través de esta figura también se realiza el ejercicio de control de convencionalidad.

Ahora bien, el hecho que las dos jurisdicciones asuman la obligación de contraste entre la CADH y las normas nacionales refleja que existe una labor que en cierto modo ambas comparten, ello se deriva de la existencia de los llamados puentes de diálogo, a los que la doctrina hace referencia.<sup>10</sup>

En efecto, más que una descripción de lo que significa el control de convencionalidad como deber impuesto a ambas jurisdicciones, este documento trata de hacer expresa la coordinación entre ellas, teniendo al principio de subsidiariedad como fundamento de la relación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional.

Ambas califican como jurisdicción de la convencionalidad, siendo el juez nacional quien debe ejercer esta labor (en primer lugar) y el juez de la Corte IDH el que interviene si en el derecho interno el individuo no recibió tutela efectiva – en ese sentido se descarta que la Corte IDH haya asumido el rol de un tribunal de alzada – (ver capítulo 2).

Asimismo, el estudio del control de convencionalidad también revela que la labor que llevan a cabo el juez nacional y el juez interamericano es complementaria<sup>11</sup> -no en términos procesales, lo que no involucra entrar en contradicción con el término subsidiario-. El uso de este término da cuenta de que el derecho interno y el derecho internacional brindan una protección reforzada a los derechos individuales, se influyen y retroalimentan.

La jurisdicción internacional no reemplaza a la jurisdicción nacional, en ese sentido la complementariedad aludida no se contradice con la subsidiariedad,<sup>12</sup> sino que da

---

<sup>10</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 363.

<sup>11</sup> El término utilizado es distinto al concepto de concurrencia, ya que el SIDH se activa únicamente cuando se agota la vía nacional.

<sup>12</sup> Incluso algún sector coincide en identificar la subsidiariedad con la complementariedad, los términos se aplican de forma indistinta.

cuenta de la interacción entre los sistemas nacionales y el SIDH.<sup>13</sup> Sobre el punto, del Toro Huerta ha señalado que la complementariedad es un elemento presente en la definición del modelo de Estado Cooperativo.<sup>14</sup>

La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "rehabilitación" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.<sup>15</sup>

La mención a estos principios involucra un análisis que permita determinar si la labor que realiza la Corte IDH es análoga o guarda similitudes con la del juez constitucional, cuestión que se discute en el capítulo 2 y si existe una conexión entre el control de convencionalidad que realiza juez constitucional y el control de constitucionalidad.

En este capítulo se coloca el acento en el sustento teórico y jurídico del control de convencionalidad en sí mismo, así como en la fuente de la que se deriva la obligación de realizar dicho examen. Asimismo, se desarrollan aspectos generales o características de la figura como el del parámetro controlador o el de las formas en que el control de convencionalidad se lleva a cabo.

## 1.2 El control de convencionalidad y el SIDH

El control de convencionalidad es en opinión de algunos un concepto nuevo y exclusivo del SIDH. Aunque parece novedoso en realidad no es la primera vez que se utiliza<sup>16</sup> ni su fundamento es ajeno a lo principios de derecho internacional público.

<sup>13</sup> NASH, Claudio. *Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos*. Ponencia presentada en "Simposio Humboldt: internacionalización del derecho constitucional - constitucionalización del derecho internacional", Consulta: 02-02-2012. <[http://www.cd.h.uchile.cl/articulos/Nash/Charla\\_relacion\\_derecho\\_internacional-derecho\\_constitucional.pdf](http://www.cd.h.uchile.cl/articulos/Nash/Charla_relacion_derecho_internacional-derecho_constitucional.pdf)>

<sup>14</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio. "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005. Consulta: 02-02-2012. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>>

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> El término control de convencionalidad se aplica en el derecho comunitario europeo y se refiere a la inaplicación de la norma nacional por parte de la jurisdicción nacional cuando esa disposición contraviene

Y es que la figura en estudio se deriva de una obligación general de derecho internacional y se concretiza a través de la aplicación de normas de vocación universal y también las de carácter regional.

En efecto, esta obligación se puede extraer de las reglas del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establecen en los artículos 26 y 27 la obligación de cumplir de buena fe los tratados ratificados por los Estados y también la inoponibilidad de las disposiciones de derecho interno para incumplir con las normas previstas en un convenio del que un Estado es parte.

Así, el control de convencionalidad se deriva del principio de *pacta sunt servanda* reconocido en el preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establece que los pactos deben ser observados, es decir, que deben cumplirse ya sea por adecuación del derecho interno o aplicación de las normas del derecho internacional.

### **1.2.1 El uso del término en el sistema europeo de protección de derechos del individuo**

La doctrina francesa ha utilizado el término control de convencionalidad para referirse al contraste entre una norma constitucional y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo). Esta expresión se utiliza para referirse al deber del juez nacional de realizar un examen de contraste de las leyes nacionales, incluida la propia constitución, a la luz el tratado en mención.

---

una norma comunitaria europea, por el juego del principio de primacía del Derecho comunitario. JIMENA QUESADA, Luis. 2010. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?". *VIII Congreso de la ACE, Derecho constitucional europeo*. San Sebastián. Consulta: 31-05-2010. <<http://www.acoes.es/congresoVIII/mesa2.html>>

Por su parte, Rideau ha abordado el tema en mención también desde la perspectiva del derecho comunitario. En concreto, ha hecho un análisis comparativo y un estudio de la relación entre control de convencionalidad y constitucionalidad de las leyes en el derecho francés. De hecho, coloca de relieve la labor diferenciada que realizan tanto el juez constitucional como el juez ordinario en relación con este tema. RIDEAU, Joël. "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide". *Revue de Droit Public*, N° 3, 2009, pp. 601-630.



Pasquino señala que el concepto de control de convencionalidad en el ordenamiento francés se refiere al deber del juez ordinario y también del juez constitucional de inaplicar normas de derecho interno, si es que estas son incompatibles con el Convenio Europeo.<sup>17</sup>

Igualmente, el término se utiliza para referirse al control que ejerce el Tribunal Europeo respecto de normas nacionales de dicho ámbito regional.<sup>18</sup> El mismo autor señala que el caso *Rekvényi c. Hungría* (1999) es un ejemplo de control de convencionalidad a cargo del TEDH, ya que este examinó el artículo 40/B § 4 de la Constitución de Hungría y su compatibilidad con el convenio.

En este caso se demandó al Estado porque la Constitución impedía a los miembros de las fuerzas armadas y policiales el ejercicio del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas. Ello en opinión del demandante vulneraba el derecho de asociación consagrado en el Convenio Europeo.

Al respecto, el TEDH señaló que la medida adoptada por el gobierno Húngaro era proporcional, por cuanto respondía a su realidad social y política del país. En ese sentido se determinó que la medida normativa era conforme al estándar europeo; en líneas generales se examinó la norma y se concluyó su convencionalidad a la luz del Convenio y la jurisprudencia del TEDH.<sup>19</sup>

De otro lado, Garlicki ha señalado que el examen de convencionalidad también se realiza respecto de las interpretaciones de los tribunales internos, a fin de determinar si estas son o no compatibles con el Convenio Europeo.<sup>20</sup>

Para respaldar su afirmación, el autor da cuenta de algunas sentencias, entre ellas la de *Von Hannover c. Alemania*, en la que el TEDH, discrepó de la posición adoptada por la justicia alemana en relación con la protección al derecho a la intimidad respecto del derecho a la libertad de prensa. A diferencia del tribunal nacional el TEDH brindó

<sup>17</sup> PAQUINO, Pascuale. *The New Constitutional Adjudication in France*, p. 11. Consulta: 11 de agosto de 2011. <<http://www.astrid-online.it/>>

<sup>18</sup> GARLICKI, Lech. "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité". *Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 3 Consulta: 11 de agosto de 2011. <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

mayor protección al derecho a la intimidad de la vida privada de una víctima de los “paparazzi”.<sup>21</sup>

### 1.2.2 El uso de la figura respecto de normas del Sistema ONU

El control de convencionalidad también puede predicarse de las normas de la OIT u otros tratados. Xavier Beaudonnet da cuenta del uso de los convenios y jurisprudencia internacional en materia laboral, lo que puede denominarse control de convencionalidad, aunque el autor no utilice este término de manera expresa.

Así, indica que los tratados vinculados al derecho laboral son utilizados por los jueces de diversas formas; una de estas es el ejercicio de contraste entre el tratado y la norma de origen nacional,<sup>22</sup> ya sea para inaplicar la disposición interna por ser menos favorable o para invalidar la norma de derecho interno.

Para el segundo de los casos Beaudonnet cita el ejemplo de Colombia, en el que la Corte Constitucional invalidó un artículo de la ley que limitaba el acceso de los trabajadores extranjeros a los puestos directivos de los sindicatos.

La Corte indicó que se había vulnerado el artículo 3 del Convenio 87 de la OIT sobre “libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” que reconoce a los sindicatos, el derecho de elegir libremente a sus representantes.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Von Hannover c. Alemania, N° 59320/2000, 24 de junio de 2004; Vajnai c. Hongrie, N° 33629/06, 28 de febrero de 2008.

<sup>22</sup> BEAUDONNET, Xavier. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales”. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, 2006, p 12; también: CONSTANTE, Thomas, Martin OELZ y Xavier BEAUDONNET. *The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications*, pp. 249-285, consulta: 05 de julio de 2010 <training.itcilo.org/ils/.../Article%20Beaudonnet,%20Oelz,%20Thomas.pdf>

<sup>23</sup> Ídem. p. 13. Otro artículo de Palacio de Caeiro da cuenta del uso de los Convenios OIT en el derecho argentino para realizar control de convencionalidad entre estos y las disposiciones de derecho interno. La autora señala casos en los que al igual que los tratados de derechos humanos los convenios OIT han sido tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De hecho, aunque el convenio OIT tendría jerarquía suprallegal, los jueces de la CSJN han aplicado el mismo de la misma manera que se ejerce el control de convencionalidad basado en los tratados de derechos humanos. A decir de la autora: “la jurisprudencia de la CSJN, demuestra que para realizar el control de constitucionalidad de la normativa interna, tuvo en cuenta los convenios de la OIT ratificados en su interrelación con los contenidos constitucionales, como parámetro validado con jerarquía suprallegal, a los fines de facilitar el estudio, comprensión y adecuación de las disposiciones domésticas inferiores.

Los pronunciamientos examinados, proyectan el ejercicio de un control de convencionalidad, que aun sin ser nombrado explícitamente, la CSJN debió observar para completar y dotar de razonabilidad a los

En la misma lógica, el autor hace referencia al uso indirecto o interpretativo de los instrumentos internacionales de derecho laboral en la labor jurisdiccional. Dichas fuentes no se aplican de manera directa, sino que se usan para precisar el sentido y el alcance de las disposiciones de derecho interno aplicables al mismo,<sup>24</sup> es decir, aquí el control de convencionalidad funciona por la vía interpretativa.

Otro ejemplo que involucra normas del sistema universal es el ejercicio que el Tribunal Constitucional de Perú (TC) ha realizado utilizando al Convenio N° 169 de la OIT como norma parámetro, aunque no ha señalado explícitamente que realiza un examen de convencionalidad.

“Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar **–normativa e interpretativamente–** las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”.<sup>25</sup>

---

preceptos constitucionales, y desde ahí, realizar el control de constitucionalidad del derecho nacional puesto en cuestión”.

Algunos de los fallos en los que se realiza control de convencionalidad a partir de los Convenios OIT son los siguientes:

- i. Protección del salario. Trabajo digno: "Asociación Trabajadores del Estado c. E.N." (2000 – Conv. 95).
- ii. - Policía del Trabajo: "Aerolíneas Argentinas c. M. de T.", 24-2-09 (multa por violación del D. 392/03, incremento salarial, Convenios 81 y 129).
- iii. - Trabajo digno y sano. Principio de progresividad: "Torrillo c. Gulf Oil A.S.A.", 31/3/09, ind. civil por inf. lab.), "Milone c. ASOCIART", 2004 (ind. renta vitalicia); "Aquino c. Cargo S.I.S.A.", 21/9/04, (ind. civil por infortunios laborales); entre otros.
- iv. - Protección a la maternidad. Lactancia. "Basigaluz Sáez, Laura c. E.N.", 30/9/86, (inconstitucionalidad del Decreto 3413/70, aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT).
- v. - Beneficios seguridad social. Goce. "Manauta c. Embajada de la Federación Rusa", 2/12/99 (Convenio 102, 118, 128, 157, T.DH, Convención de Viena).
- vi. - Derecho de comunidades indígenas. "Fermín Mauricio", 22/7/08 (ocupación de terrenos, Convenio 169, TDH). PALACIO DE CAEIRO, Silvia. "El control de Convencionalidad y los Convenios de la OIT". *La Ley*. Buenos Aires, año LXXIII, N° 13, julio de 2009, p. 1.

<sup>24</sup> BEAUDONNET, Xavier. Op. Cit. p. 13.

<sup>25</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0022-2009-PI/TC, 17 de junio de 2010, FJ. 19.

Aunque no se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, se utilizó el contenido del convenio para examinar las normas objeto de la controversia.

En líneas generales, estos ejemplos demuestran que el control de convencionalidad es una obligación que se deriva de la esencia misma de las fuentes de derecho internacional.

Tanto para los Estados como para los órganos internacionales las normas de fuente internacional generan el deber de aplicación y contraste entre estas –como parámetro controlador– y las normas nacionales –como objeto controlado–.

Por otro lado, el cumplimiento de la obligación de control de convencionalidad también conlleva la posibilidad de plantear y analizar, desde el derecho interno, la relación entre este y el derecho internacional y si dicha vinculación puede catalogarse como monista o como dualista. En el capítulo 2, se plantea que ambas son ramas jurídicas distintas, pero interrelacionadas, y que la relación entre las mismas se entiende desde la perspectiva de la tesis de la coordinación.

Si bien se parte de la noción de que la jurisdicción de la Corte IDH es subsidiaria y se activa únicamente cuando se han agotado los recursos necesarios en la jurisdicción nacional, se afirma que el control de convencionalidad es una labor compartida por jueces nacionales y el juez de la Corte IDH.

Esto no involucra una contradicción con el término subsidiario que se refiere al momento en que se activa en proceso ante el SIDH, sino a la constante interacción que existe entre las jurisdicciones nacionales, más allá de que haya un proceso contencioso de por medio (lo que se corrobora con los efectos *ultra partes* de los fallos de la Corte IDH). Por ello se dice que el vínculo entre la Corte IDH y la justicia nacional es complementario.

Por otro lado, conviene indicar que el cumplimiento de la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales se lleva a cabo independientemente de que el sistema sea monista o dualista; en la realidad esta categorización ha sido rebasada por el accionar de los jueces que se define a partir de su práctica jurisdiccional.

Ahora bien, luego de estos alcances generales debe desarrollar los fundamentos específicos que se derivan del propio SIDH y que sustentan la figura en estudio.

### **1.3 El control de convencionalidad por los jueces nacionales y la Corte IDH se deriva del artículo 2 de la CADH**

En el ámbito regional la obligación de realizar control de convencionalidad se deriva del deber general de garantía y del de adecuación del derecho interno a lo estándares de derecho internacional que en este caso se define como el canon del derecho internacional de los derechos humanos vigente en el SIDH. Estas obligaciones se encuentran en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

En deber de garantía, como bien ha señalado la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez, supone que los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>26</sup>

La obligación de garantía señalada en el 1.1 de la CADH se corresponde con el artículo 2 del mismo texto normativo que establece que los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas legislativas y de cualquier otro carácter para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En ese sentido, la adecuación del derecho interno no solo impone a quien ejerce la labor legislativa la incorporación de los estándares de derecho internacional al derecho interno, sino que además involucra a todos los órganos que aplican derecho, en este caso los jueces.

En función del artículo 2 de la CADH estos tienen la obligación de interpretar, invalidar, inaplicar las normas que son contrarias al estándar interamericano, ya que estas son

---

<sup>26</sup> En el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte IDH indicó que el artículo 1 de la CADH pone a cargo de los Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que “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 en la Convención”. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 164.

medidas que también permiten adecuar el derecho interno al contenido de los derechos reconocidos en el SIDH.

A partir de dicho dispositivo se genera el deber de verificación por parte del juez nacional principalmente o por el juez interamericano, ya que el control es complementario<sup>27</sup>.

Ya sea que el legislador no adecue la norma interna o que el juez aplique la norma contraria al parámetro interamericano, se genera responsabilidad internacional que luego es declarada por el tribunal internacional. La Corte IDH ha sido explícita en ello al señalar que esta institución se configura por los actos u omisiones de cualquier poder del Estado.<sup>28</sup>

Sobre la base de ello, dicho tribunal verificará si el Estado ha incumplido con el deber de adecuar el derecho interno al contrastar la norma nacional con la norma interamericana, igualmente lo hará si es que hay una omisión estatal para adecuar el derecho interno a los estándares del SIDH.

En el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, el hecho que la Constitución de Chile consagrara la censura previa generó que la Corte IDH declarara la responsabilidad del Estado por las acciones del Poder Legislativo y del Poder Judicial; en ese último supuesto, porque la institución judicial no inaplicó o reinterpretó la norma constitucional que atentaba contra los contenidos de la CADH.<sup>29</sup> Luego de la declaratoria de incompatibilidad del artículo constitucional sobre censura cinematográfica, Chile llevó a cabo una reforma constitucional mediante ley N° 19742 (Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística) del 25 de agosto de 2001.

---

<sup>27</sup> FRANCO, Leonardo Alberto. "Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino". En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya, CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 171. Consulta: 03-06-2010, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/15.pdf>>

<sup>28</sup> Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72.

<sup>29</sup> *Ibid.*

De otro lado, el incumplimiento del artículo 2 de la CADH le atribuye a la Corte IDH la facultad de que declare la responsabilidad del Estado y establezca una reparación como obligación secundaria a cargo del Estado. Ello a su vez genera en los jueces el deber de prevenir dicha declaratoria de responsabilidad estatal.

En efecto, si se observa en los fallos en los que se declara la inconvencionalidad de una norma de derecho interno, la Corte IDH siempre establece como medidas de reparación la modificación del derecho interno, la reinterpretación de la norma nacional o la inaplicación de la misma.

#### 1.4 El control de convencionalidad se deriva del artículo 9 de la CADH

Londoño Lázaro establece una relación directa entre el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la CADH<sup>30</sup> y el control de convencionalidad, aunque este instrumento recoja el contenido clásico del principio de legalidad, ya que se refiere a las obligaciones de los Estados en materia penal –prohibición de retroactividad de la ley penal y favorabilidad de la pena–.

La autora, explica el origen y justificación del control de convencionalidad como función de la Corte IDH y los jueces nacionales<sup>31</sup> afirmando que el principio de legalidad es un elemento transversal a toda la CAD, que trasciende lo penal.

Si bien ha sido concebido inicialmente en un sentido negativo frente a las actuaciones arbitrarias del poder estatal, Londoño Lázaro menciona que a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el surgimiento del DIDH y la transformación del concepto de Estado de Derecho, adquiere un contenido distinto, en sentido positivo<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Artículo 9: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

<sup>31</sup> También existe una referencia al principio de legalidad en el artículo 27 de la CADH, a su vez este principio es parte del contenido del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24) y del artículo 21 que desarrolla el derecho a la propiedad.

<sup>32</sup> LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., año XLIII, volumen 128, 2010, p. 764.

Así, plantea que el principio de legalidad, en un sentido amplio,<sup>33</sup> justifica el establecimiento de modelos de control de la juridicidad de las actuaciones del Estado, de conformidad con el *corpus juris* de los derechos humanos o fundamentales.<sup>34</sup>

El control de convencionalidad es una fórmula que se deriva del principio de legalidad por cuanto apunta a determinar la legalidad de la adecuación a derecho de una actuación del Estado en el marco jurídico de la Convención Americana, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad.<sup>35</sup>

De acuerdo con el principio de legalidad, cualquier medida que involucre un derecho, solo será legítima si es convencional, es decir, si tiene en cuenta el estándar interamericano y su límite, el de la dignidad humana. No basta con que cumpla con los requisitos formales de la ley nacional, sino con el estándar internacional que le da un contenido material a dicho principio.

En relación con la labor que realiza la Corte IDH, el principio de legalidad sustenta la función que esta ejerce como órgano de control normativo en sentido subsidiario. En la medida que el control de convencionalidad es principalmente un deber que se impone al juez nacional, la Corte IDH cumple un papel complementario, pero no menos importante en esta función.

Precisamente, este ejercicio a cargo de la Corte IDH involucra un examen de legalidad para verificar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por ello, está relacionado con el aspecto sustancial del principio de legalidad, ya que busca proteger los contenidos de fondo de los derechos reconocidos en la CADH y los otros instrumentos del SIDH, a favor de la eficacia y el objeto y fin de estos tratados.

---

<sup>33</sup> Ídem. p. 767.

<sup>34</sup> Ídem. p. 763.

<sup>35</sup> Ídem. p. 764.



## **1.5 El control de convencionalidad como parte de las competencias de la Corte IDH**

En este acápite se pretende visibilizar las disposiciones específicas de la CADH que se refieren a la facultad – deber de la Corte IDH de llevar a cabo exámenes de contraste entre el parámetro o canon interamericano y las normas nacionales, proyectos de ley y omisiones legislativas de los sistemas jurídicos nacionales.

Si bien el artículo 2 de la CADH y el artículo 9 legitiman a la Corte IDH a realizar este tipo de control normativo, también es necesario justificar esta competencia utilizando otros argumentos que contribuyen a reforzar la posición.

En principio, puede afirmarse que el control de convencionalidad no es una competencia nueva de la Corte IDH y que por el contrario, su conceptualización se encuentra en la génesis del propio SIDH. Así se explica lo siguiente:

### **1.5.1 Los artículos 62.3 y 64.2 de la CADH**

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

De hecho, ello muestra de manera clara que dicho tribunal tiene competencia para realizar un examen de convencionalidad en sentido abstracto, ya que en el caso de la función de consulta, esta versa sobre cuestiones de puro derecho.

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

Aun sin el título de control de convencionalidad, la Corte IDH ha realizado tal labor desde mucho antes de la aparición del término en mención. A decir, de Salado Osuna, si bien no hay ningún dispositivo que haga referencia a esta competencia, la Corte sí tiene facultad inherente para ello.<sup>36</sup>

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

Ahora bien, podría hacerse uso del principio de *Kompetenze-Kompetenze*, si es que se asume que el control de convencionalidad es una función implícita o no definida *per se*. En ese sentido, la propia Corte IDH debiera establecer algo sobre la materia.

En realidad, para la interpretación del artículo 62,3 no se necesita recurrir a este argumento para promover la admisibilidad de la figura. De hecho, la Corte IDH no ha requerido de este principio para legitimar la realización de esta labor en la vía contenciosa.

### **1.5.2 La responsabilidad internacional en el SIDH como sustento de la función de control normativo de la Corte IDH**

El sistema de responsabilidad internacional en el SIDH se configura a partir de los postulados del derecho internacional público sobre la materia. Así, a través de la vía contenciosa, la Corte IDH declara la responsabilidad de un Estado parte cuando este ha incurrido en un comportamiento (acción u omisión) que el Derecho Internacional considere ilícito o incompatible con el parámetro interamericano.

El hecho ilícito, en concordancia con los artículos 1 y 2 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante el

---

<sup>36</sup> SALADO OSUNA, Ana. Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004, p. 101.

proyecto) ocurre cuando: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.<sup>37</sup>

De acuerdo a la doctrina, al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional y a la jurisprudencia internacional, incluida la de la Corte IDH, la responsabilidad internacional se configura por acciones u omisiones del Estado, por medio de actos legislativos, judiciales, administrativos o del Ejecutivo, independientemente de haya ocurrido un daño.

En el SIDH, es la propia CADH la que establece en el artículo 2 que los Estados tienen la obligación de adecuar el derecho interno a las obligaciones internacionales que han sido contraídas. Los alcances de la obligación y las consecuencias de su incumplimiento son elementos centrales para sustentar la función de juez de la convencionalidad de este tribunal.

Al respecto, la Corte IDH ha declarado que la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento del artículo 2 en relación con los derechos reconocidos en la CADH y otros tratados sobre los que ejerce competencia contenciosa.

De hecho, las violaciones al artículo 2 en relación con otros derechos reconocidos en tratados sobre los que la Corte IDH ejerce competencia contenciosa, generan la obligación de reparación para los Estados. De acuerdo al artículo 63.1 de la CADH en el caso de que se haya violado un derecho reconocido en el tratado en mención, el Estado condenado tiene impuesta la obligación de reparar.

Aun cuando ello resulta un tema claro, sin muchas complicaciones, la forma en que la Corte IDH ejerce este control de normas de derecho interno es el elemento a dilucidar. Si bien es cierto la responsabilidad internacional es objetiva, es decir no incluye al daño o la inminencia del mismo para su configuración, se pretende analizar si este es un aspecto que sustenta la jurisdicción de la Corte IDH.

Al respecto, la Corte IDH ha afirmado responsabilidad internacional implica que el “Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación

---

<sup>37</sup> Nótese que el daño no es elemento constitutivo de la definición de hecho ilícito y tampoco de la responsabilidad internacional del Estado.

internacional, independientemente de la verificación de falta o *culpa* de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional”.<sup>38</sup>

No obstante ello, esto no necesariamente implica que la Corte IDH pueda analizar situaciones y declarar la responsabilidad internacional en los casos en que aun no se ha generado un daño o haya una potencialidad de ocurrencia del mismo. Y es que, en principio, este es un sistema diseñado como canal de acceso a la jurisdicción de los individuos para reclamar tutela jurisdiccional frente a los Estados. Igualmente, se espera analizar si la “consulta” sobre proyectos de ley puede generar efectos obligatorios.

## 1.6 Manifestaciones del control de convencionalidad: uso directo e indirecto

El control de convencionalidad como técnica de control normativo, en principio, ha sido definido por la Corte IDH como un ejercicio de contraste directo entre la CADH (entiéndase parámetro controlador) y las normas u omisiones del derecho interno (también las interpretaciones que realizan los órganos aplicadores) que se definen como el objeto controlado.

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso “El Amparo Vs. Venezuela”. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, Voto Disidente de Juez Cancado Trindade, párrafo 21.

En efecto, en relación al “daño” en la responsabilidad internacional de un Estado frente a otro Estado, Roberto Ago ha señalado que la violación de una obligación de derecho internacional constituye en sí mismo un daño. En el “Second Report on State Responsibility”, el autor mencionó lo siguiente: “Every breach of an engagement *vis-a-vis* another State and every impairment of a subjective right of that State in itself constitutes a damage, material or moral, to that State”

AGO, Roberto. “Document A/CN.4/233: Second report on State responsibility. Special Rapporteur—The origin of international responsibility”. En NACIONES UNIDAS. *Yearbook of the International Law*. Volumen II, 1970, Naciones Unidas, pp. 177-198.

Siguiendo lo señalado por este experto en el informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53o. periodo de sesiones de 2001, en los comentarios al artículo 2 del proyecto se afirma que:

La exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto. Por ejemplo, la obligación que incumbe en virtud de un tratado de promulgar una legislación uniforme es violada por el hecho de no promulgar la ley, y no es necesario que otro Estado Parte indique que ha sufrido un daño concreto debido a ese incumplimiento. Que una obligación determinada no se cumpla por la mera inacción del Estado responsable, o que se exija que se produzca alguna otra circunstancia dependerá del contenido y la interpretación de la obligación primaria y no puede determinarse en abstracto.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1o. de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales 56o. periodo de sesiones. Suplemento No. 10 (A/56/10), p. 44.

No obstante ello, en el presente trabajo se plantea que el examen de convencionalidad puede realizarse de manera directa o indirecta (también uso interpretativo), ello dependerá del uso que se le brinde al parámetro controlador o norma controlante.

Si bien esta mención va más allá de la definición que inicialmente ha planteado la Corte IDH, se cree conveniente asumir la alternativa del uso indirecto, por diversos motivos. Un argumento se sustenta en el hecho que todos los tratados de derechos humanos imponen al juez el deber realizar el examen de convencionalidad, ya que éste se deriva del principio de *pacta sunt servanda*.

De otro lado, la práctica de la Corte IDH en el uso indirecto de los instrumentos que conforman el canon, así como el hecho que dicho tribunal haya afirmado que el control de convencionalidad se canaliza a través de los presupuestos formales y requisitos de los procesos de control normativo del derecho interno.<sup>39</sup>

En este último sentido, Londoño Lázaro afirma que las modalidades a través de las que realiza el control de convencionalidad no las fija necesariamente la Corte IDH, sino que se deja a los Estados un margen de libertad para ello.<sup>40</sup>

Sin embargo, la forma en que este ejercicio se canaliza debe analizarse, ya que puede resultar relevante en los casos en los que el convenio internacional no puede asumir el rol de parámetro controlador en sentido directo, ya que no es justiciable en sede internacional.

### **1.6.1 Aplicación directa del control de convencionalidad**

Tanto el juez nacional como el juez de la Corte IDH pueden realizar el control de convencionalidad de esta forma, contrastando de manera directa el contenido de la norma parámetro con la norma objeto de control.

---

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

<sup>40</sup> LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. Op. Cit. p. 810.

En este caso la declaración de la inconventionalidad o la interpretación conforme al canon de convencionalidad, tendrá como sustento directo a la norma que se utilizó como dispositivo controlador, puede ser la CADH o cualquier instrumento que forma parte del canon interamericano.

Un ejemplo del uso directo del parámetro de convencionalidad a cargo de un juez nacional ha sido tomado de la práctica de la Corte Constitucional de Colombia. En el fallo C-148/2005 dicho tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 137 y 138 de la ley 599 de 1997, ya que los elementos de tipificación del delito de tortura incluían el término “graves” dolores o sufrimientos físicos o psíquicos.

En el razonamiento de la Corte Constitucional, dicho concepto atentaba contra la Convención Interamericana contra la Tortura (ratificada por Colombia) en la medida que esta la define como cualquier acto que en los términos y para los fines del tratado atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor, excluyendo de esta forma, el término “gravedad”. En ese sentido, la Corte Constitucional señaló:

La Corte declarará la inexecutable de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida y 178 de la misma ley que tipifica el delito de tortura por cuanto i) **con ella se vulnera claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura** (...).<sup>41</sup>

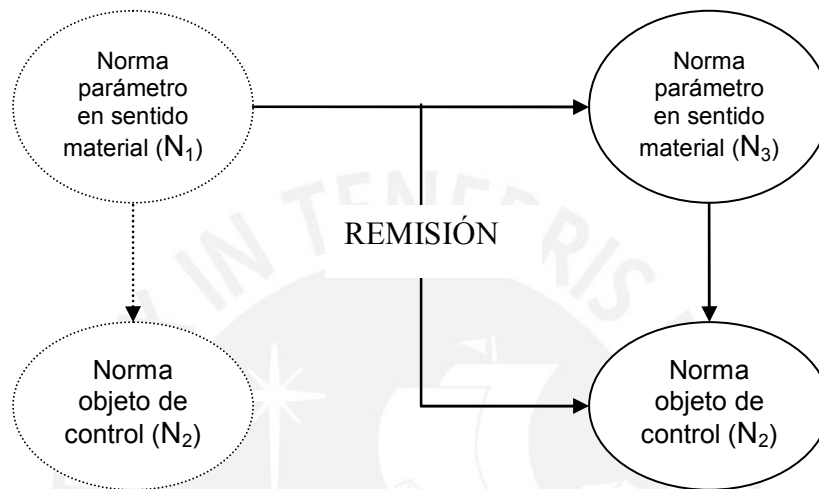
Los ejemplos de control de convencionalidad en sentido directo derivados de la práctica de la Corte IDH son diversos. Al respecto, se puede mencionar el reciente caso Barreto Leiva versus Venezuela en el que se examinó el Código de Justicia Criminal a la luz de los artículos 2 y 7 de la CADH.

### ***1.6.2 Uso indirecto o interpretativo del parámetro de convencionalidad***

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

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-148/05, 22 de febrero de 2005.

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



Conviene establecer que la norma  $N_1$  siempre será uno de los componentes del canon interamericano, ya que este es un elemento necesario para definir al control de convencionalidad; la norma  $N_2$  es de orden nacional, ya que es el objeto controlado; mientras que la norma  $N_3$  puede ser una fuente de origen nacional o internacional.

La norma  $N_3$  puede ser de orden nacional, en la medida que el juez del ámbito estatal, en no pocos casos, utiliza el canon interamericano para dotar de contenido una norma de orden interno, por ejemplo, la Constitución, y es a partir de ello que examina la norma  $N_2$  (por ejemplo, una norma de rango legal).

En este caso el juez habrá realizado un examen de constitucionalidad ( $N_3$ ), pero también habrá llevado a cabo un examen de convencionalidad de la norma  $N_2$ , sobre la base de la norma  $N_1$ , aunque luego reconduzca ese resultado al primero de los controles antes mencionados.

Un ejemplo de lo aquí mencionado es el del derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos de carácter disciplinario. El artículo 8 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (N<sub>1</sub>) sirvieron para dotar de contenido al artículo 139, inciso 3 del texto constitucional (N<sub>3</sub>). A partir del uso del canon interamericano el TC indicó que el artículo constitucional mencionado se proyecta no solo al ámbito jurisdiccional si no también a sede administrativa.

En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana."<sup>42</sup>

Bajo ese criterio se analizaron algunos dispositivos del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (N<sub>2</sub>). De acuerdo con dicha norma, algunas sanciones que se imponían a los miembros de la PNP no tenían como fundamento una investigación previa, lo que vulneraba el derecho de defensa derivado del artículo 139, 3.<sup>43</sup>

En este caso, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha utilizado de manera indirecta o interpretativa, ya que en este caso el canon dota de contenido a la constitución, que es la norma que formalmente se contrasta con el dispositivo reglamentario. El reglamento analizado, sin embargo, es inconvencional, solo que este resultado se ha reenviado y reconvertido a la lógica del proceso de constitucionalidad (en el marco de un proceso de amparo).

Esta explicación también es aplicable para el caso del juez de la Corte IDH quien en algunos casos utilizará uno de los instrumentos del canon interamericano en sentido indirecto para dotar de contenido a otro cuerpo normativo que también pertenece al parámetro controlador del SIDH.

---

<sup>42</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2050-2002-AA/TC, 28 de mayo de 2003, FJ.12

<sup>43</sup> Ídem, FJ. 13.



Por ejemplo, la Corte IDH puede utilizar tanto la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre como el Protocolo de San Salvador (N<sub>1</sub>) para dotar de contenido a la CADH (N<sub>3</sub>), cuando se trata de analizar una norma nacional (N<sub>2</sub>) relativa a los derechos sociales, económicos y culturales.

Un ejemplo de este supuesto es el caso de los derechos sociales, que se utilizan como parámetro de control normativo indirecto de una norma nacional, aunque finalmente será la CADH el parámetro controlador formal de los dispositivos internos examinados.

Como se verá, la protección de los DESC en el ámbito regional se canaliza principalmente a través de los derechos civiles, ya que la Corte IDH no tiene competencia para declarar la violación de lo mismos a través de la vía contenciosa (salvo el caso de los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador). Al respecto, algunos de los derechos que han ampliado su contenido para dar cabida a los DESC son el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la propiedad, entre otros.<sup>44</sup>

Igualmente, en el fallo *Campo Algodonero vs. México* la Corte IDH ha mencionado que aunque los artículos 8 y 9 de la Convención Belem do Pará no son justiciables de manera directa en la vía contenciosa, pueden ser utilizados en sentido indirecto para la interpretación de la Convención y de otros instrumentos del SIDH.<sup>45</sup>

Dado que la práctica es la que muestra la modalidad de uso que se le da al canon interamericano, también habría que justificar la razón por la que la técnica indirecta también recibe el nombre de control de convencionalidad. Al respecto, la forma en que

---

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafos 102-103. En este caso, se analizó si el Estado peruano había cometido una violación al derecho de las víctimas del caso a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530. Si bien el derecho a la pensión como tal no se encuentra reconocido en la CADH, la Corte IDH asumió que el mismo era una manifestación del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH. Al respecto, la Corte IDH indicó que la incorporación del derecho a la pensión como contenido del dispositivo de la CADH se debe a una interpretación evolutiva y del principio pro persona consagrado en el 29, b de la CADH.

Ver también: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párrafos 80-91.

<sup>45</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 79.

se lleve a cabo el control no debiera ser lo más relevante para calificar o no como examen de convencionalidad a determinada práctica.

El elemento determinante para atribuir a una técnica de control normativo el título de examen de convencionalidad debiera ser la verificación de que el juez tuvo en cuenta todos los instrumentos que conforman el parámetro interamericano al momento de analizar el contenido de una disposición nacional, más allá de que se hayan aplicado o no directamente.

En esa lógica, lo que interesa es que el resultado del examen normativo refleje que el juez utilizó los estándares derivados del canon interamericano para reinterpretar, inaplicar, declarar inválida o demostrar la conformidad de una norma nacional con las obligaciones de derecho internacional.

Además de ello, la Corte IDH no declara la responsabilidad del Estado por la falta de aplicación directa del canon interamericano, únicamente verifica si es que el examen de convencionalidad o la interpretación conforme al canon se han realizado en el ordenamiento interno, la forma en que ello se realice no es lo primordial.

En la doctrina europea también se asume que el control de convencionalidad es directo e indirecto.<sup>46</sup> Al respecto, Garlicki plantea que en el caso de Francia, el juez constitucional puede ejercer tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, pero que en la mayoría de veces termina reconduciendo el examen de convencionalidad por la vía del control de constitucionalidad, es decir, utiliza los argumentos de derecho internacional para reforzar su razonamiento constitucional.<sup>47</sup> No por ello deja de llamar “control de convencionalidad” a este tipo de ejercicio.

Este tema también ha sido abordado en el ámbito judicial latinoamericano. Al respecto, sobre el uso directo o indirecto del control de convencionalidad han reflexionado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

---

<sup>46</sup> GARLICKI, Lech. Op. Cit. p. 7

<sup>47</sup> *Ibid.*

Dicha Corte, al analizar la acción de inconstitucionalidad 121/2008, se refirió a las modalidades de control de convencionalidad directo e indirecto y a la posibilidad de llevarlas a cabo dentro del proceso de control concentrado que debía resolver. Aunque en ese momento concluyó que ello no era posible, la reflexión que realizó demuestra la relevancia teórica sobre la materia.<sup>48</sup>

En líneas generales entonces, la modalidad descrita es también un ejercicio de control de convencionalidad (el ordenamiento peruano es un claro ejemplo de ello (ver capítulo 3).

### 1.7 Parámetro de convencionalidad: norma controladora

Una vez que se ha establecido que los jueces nacionales y el juez interamericano tienen el deber de realizar el llamado control de convencionalidad, se debe tener en cuenta cuáles son las herramientas que debe utilizar el magistrado para efectuar dicho control.

Puede parecer obvio que sea la CADH el instrumento que se utiliza para el contraste con la norma nacional, pero en el SIDH el parámetro o canon de convencionalidad incluye más que los dispositivos convencionales del tratado en mención; los elementos *ad extra* que lo conforman son igual de relevantes que la propia CADH.

Así, en el conjunto de fuentes que conforman el parámetro de convencionalidad se puede identificar a la CADH, como norma obligatoria para los Estados que la han ratificado, a la jurisprudencia de la Corte IDH –opiniones consultivas y sentencias– y los tratados aprobados en el marco del SIDH y ratificados por los Estados forman parte también del parámetro de Convencionalidad.<sup>49</sup>

Una mención aparte merece la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADDH). Sobre el punto, las posiciones oscilan entre aquellos que le otorgan un valor moral y político, pero no jurídico; aquellos que dicen que algunas de las

---

<sup>48</sup> Citado por CASTILLA, Karlos. "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 11, 2011, p. 613.

<sup>49</sup> FAJARDO MORALES, Zamir. "La plena vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: una utopía por construir". *American University International Law Review*, volumen 25, N° 1, 2009, p. 85.

disposiciones tienen valor vinculante, pero no todas,<sup>50</sup> y otras que atribuyen a tal instrumento carácter vinculante como un todo.<sup>51</sup>

En este documento se opta por última de estas alternativas. Los fundamentos de esta posición se sustentan en la práctica de los Estados y en el rol que cumple este instrumento en el SIDH. Como se verá más adelante, la CIDH admite peticiones en las que se alegan violaciones a la DADDH y la propia Corte IDH admite el uso de este instrumento para interpretar la CADH u otras fuentes del SIDH (ver acápite 1.6.2).

Por otro lado es importante mencionar que las interpretaciones que realiza el juez nacional respecto de la CADH y los otros instrumentos del SIDH también se constituyen como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales pueden plantear una interpretación que no siendo igual a la establecida por la Corte IDH, no vulnera el mínimo impuesto por el órgano jurisdiccional interamericano.

En la medida que el juez nacional es también juez interamericano (aunque en la tesis este término se aplica de manera concreta al juez de la Corte IDH), ya que tiene la obligación de aplicar e interpretar los instrumentos del canon de convencionalidad, entonces también puede establecer un parámetro de interpretación, ya que los estándares del SIDH siempre funcionan como mínimos y brindan al Estado la alternativa de progresividad en la protección de derechos.

Aun cuando lo señalado por el juez nacional no guarde concordancia con el estándar planteado por la Corte IDH, dicha interpretación será parte de su parámetro de convencionalidad para el caso que resuelve, e incluso para casos del futuro, si es que en el ordenamiento rige un sistema de autprecedentes o de precedentes.<sup>52</sup>

En el primero de los casos, el juez que ha utilizado el canon interamericano y lo ha interpretado en determinado sentido, se encuentra vinculado a su propia decisión para los

---

<sup>50</sup> MEJÍA RIVERA, Armando J. *Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho*. Tesis doctoral en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 225, consulta: 25 de junio de 2010, <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin\\_mejia\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin_mejia_tesis.pdf)>

SALVIOLI, Fabián. "El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos". En CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*. Tomo I. San José: Corte IDH, 1999, 679-696.

<sup>52</sup> GARCÍA - BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación". *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*. Madrid. N°. 4, 2006, p. 135.

casos a futuro.<sup>53</sup> Un ejemplo de ello es el caso del TC peruano en relación con el precedente vinculante al que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; en efecto, dicho tribunal se encontrará autovinculado a su propio precedente y deberá aplicarlo en los casos semejantes que resuelva en el futuro.<sup>54</sup>

En el segundo de los casos, la figura del precedente impone a los tribunales el deber resolver un caso según el criterio establecido por tribunales jerárquicamente superiores dentro de la estructura del sistema judicial o por los jueces que ejercen el rol de último intérprete de la constitución, como el TC.<sup>55</sup>

Nuevamente, un ejemplo de ello es el caso del TC peruano en relación con la doctrina constitucional a la que se refiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el precedente vinculante al que se refiere artículo VII del mismo cuerpo normativo. De acuerdo con estos dispositivos todos los jueces del Poder Judicial están obligados a seguir las reglas que se derivan de las sentencias del TC.

No debe dejarse de lado, sin embargo, que en el caso que la Corte IDH emita un fallo posterior a la posición adoptada por el juez nacional, que dota de contenido a un derecho reconocido en el canon interamericano en un sentido más progresivo que la postura de este último, la jurisprudencia y los criterios de interpretación o aplicación nacional deben tener adecuarse a lo señalado por el tribunal interamericano. En efecto, la Corte IDH habrá establecido un mínimo, que no debe dejarse de lado en las jurisdicciones estatales, aunque estas tengan posiciones ya asumidas dentro de su fuero interno.

Ahora bien, un ejemplo en el que no necesariamente se sigue la posición de la Corte IDH es la sentencia recaída en el expediente N° 0050-2004-PI/TC, en este caso se analizó la constitucionalidad de la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y de la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Si el TC decide no seguir su propio precedente se pronuncia en ese sentido, motiva las razones del cambio de posición frente a un caso semejante y sustituirá el cambio de posición. Esta técnica es la del *overruling*, aplicada por el TC en diversos fallos. Ver por ejemplo: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 3361-2004-AA/TC, publicada el 16 de diciembre de 2005; Sentencia recaída en expediente N° 01412-2007-PA/TC, publicada el 07 de abril de 2009, otras.

<sup>55</sup> GARCÍA - BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa. Op. Cit. p. 136.

De acuerdo con la nueva legislación, el monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 no podía exceder de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias.

En este caso el TC decidió que las normas cuestionadas no afectaban el derecho a la pensión de los pensionistas amparados bajo el Decreto Ley N° 205030, aun cuando la Corte IDH había asumido la teoría de los derechos adquiridos en el caso Cinco Pensionistas vs. Perú.

El TC adoptó la teoría de los hechos cumplidos, es decir, optó por la aplicación inmediata de las leyes a efectos y situaciones jurídicas existentes. En ese sentido, declaró la constitucionalidad del establecimiento de una pensión máxima –lo que disminuía los ingresos de los jubilados afiliados al Decreto Ley N° 20530 con pensiones mayores a las de 2UIT–.

Uno de los argumentos que utilizó el TC para fundamentar su decisión fue el principio de solidaridad reconocido en el texto constitucional de 1993. En efecto, con relación al derecho a la seguridad social –pensión– el principio de solidaridad involucra la redistribución adecuada de los beneficios aportados por sus integrantes.<sup>56</sup>

Igualmente, en conformidad con la justicia distributiva, el TC afirmó que si bien no se exige que los titulares de una pensión accedan a un monto único, pues éste depende del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, no debiera existir una diferencia marcadamente inequitativa entre los montos que reciben los pensionistas si es que está desprovista de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>57</sup>

Frente a esta decisión, diversos grupos de ciudadanos plantearon peticiones ante el SIDH, aludiendo que se había afectado el derecho a la propiedad y la prohibición de regresividad que impone el artículo 26 de la CADH. La CIDH, sin embargo, declaró inadmisibles las peticiones. Al respecto, señaló que si bien las normas cuestionadas habían generado una restricción al derecho a la propiedad de los pensionistas, ello no había significado la anulación del contenido esencial del derecho en mención.

---

<sup>56</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0050-2004-PI/TC, 06 de junio de 2005, FJ. 66.

<sup>57</sup> Ídem, FJ. 59

La Comisión considera pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivale a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención. Por el contrario, tal como se indicó anteriormente, las supuestas víctimas continuaron ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones sin que, de la información presentada, resulte una afectación a la esencia de ese derecho. En tal sentido, la Comisión considera que este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.<sup>58</sup>

Este caso muestra la forma en que un juez nacional puede tomar en cuenta criterios distintos a los establecidos por la Corte IDH, siempre que su posición no sea regresiva o esté por debajo del estándar mínimo impuesto por el canon interamericano.

En efecto, la CIDH ha afirmado que las normas no involucran una afectación al principio de progresividad ya que, entre 1979 y 2003, las presuntas víctimas efectuaron contribuciones del 6% de su salario mensual, sin haber efectuado pagos adicionales o especiales para obtener los beneficios de nivelación automática y progresiva (se hubiera requerido un aporte equivalente al 38% del salario mensual en actividad).<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> CIDH. Informe N° 38/09, Caso 12.670. *Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009.

De acuerdo con Landa, el TC también ha adoptado una posición distinta a la de la Corte IDH con relación a la protección del derecho a la libertad de expresión e información, ya que en el SIDH este derecho tiene naturaleza de *preferred freedom* mientras que en el ordenamiento peruano la regla es que ningún derecho prevalece sobre otro. Bajo esta premisa el TC ha optado por aplicar el test de ponderación cuando de determinar si es válida o no una restricción al derecho a la libertad de expresión se trata, en favor del derecho a la honra. LANDA ARROYO, César. *Jurisdicción Constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones*. Inédito, p. 19.

En concreto, la configuración del artículo 13 de la CADH permite que el derecho a la libertad de expresión e información no tengan limitación alguna, salvo la responsabilidad penal posterior (cuando se ha afectado el derecho a la honra, por ejemplo). La jurisprudencia de la Corte IDH también se ha direccionado en ese sentido, aunque viene matizando su postura al haber admitido el examen de ponderación. Ver: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 17.

En el caso peruano, el TC ha establecido que pueden plantearse límites a la libertad de expresión, incluso previos, siempre que se establezca o cumpla con la elaboración de un test de ponderación. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 6712-2005-PHC/TC, publicada el 19 de enero de 2006. Anteriormente, el TC había afirmado que el derecho a la libertad de se consideraba una libertad preferida. Al respecto, ver sentencia recaída en expediente N° 2579-2003-HD/TC, publicada el 16 de abril de 2004.

<sup>59</sup> Idem, párrafo 124.

Más allá de estas consideraciones, en las líneas que siguen se explica cada uno de los elementos que conforman el parámetro interamericano.

### 1.7.1 Otros tratados del SIDH

Como se ha señalado, la obligación de contrastar las normas del SIDH con las de derecho interno se deriva de todos los instrumentos que ostentan naturaleza internacional. En ese sentido, los otros tratados que conforman el SIDH y generan una serie de obligaciones para los Estados que los han ratificado también imponen el deber de control de convencionalidad.

Al respecto, es relevante citar el voto del juez García Ramírez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. En dicha oportunidad, el magistrado señaló que la figura del control de convencionalidad se desprende también del resto de tratados del SIDH que forman parte del *corpus iuris* de este sistema regional.

En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera (...).<sup>60</sup>

En ese sentido, García Ramírez menciona una serie de convenios que sirven a los Estados que los han ratificado para ejercer el control de convencionalidad a través de sus jueces nacionales.

Sobre el mismo punto, Ferrer Mac Gregor se refiere a la figura de bloque de convencionalidad para identificar al conjunto de instrumentos que se utilizan como canon o parámetro de convencionalidad. Al respecto, el autor indica que este debiera estar

---

<sup>60</sup> 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, Voto del Juez Sergio García Ramírez.



conformado por la CADH, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, así como por los protocolos e instrumentos internacionales que pertenecen al SIDH.<sup>61</sup>

A partir de lo mencionado se puede sostener que existe una tendencia en la judicatura y en la doctrina a afirmar que el canon de convencionalidad está conformado por un conjunto de normas distintas a la CADH, que también pertenecen al SIDH.

Más allá de ello, dentro del conjunto de normas que conforman el canon o parámetro interamericano, habría que diferenciar a los tratados sobre los que la Corte IDH ejerce competencia contenciosa de aquellos sobre los que no ejerce tal función.

La razón de esta distinción es únicamente metodológica, pues así se podrá explicar, de mejor manera, que los tratados sobre los que no es posible ejercer competencia contenciosa también pueden ser utilizados como canon de convencionalidad, aunque el grado de obligación varía en el caso del juez nacional y el juez interamericano.

El juez nacional, siempre se encontrará obligado a realizar el ejercicio de convencionalidad a partir de los instrumentos del canon interamericano que ha ratificado, independientemente de que la Corte IDH ejerza o no competencia contenciosa sobre el tratado en mención.

En el caso del juez de la Corte IDH, el ejercicio de control de convencionalidad a partir de los tratados sobre los que no ejerce competencia contenciosa se flexibiliza, ya que el juez está impedido de realizar un control directo a partir de estos instrumentos; no obstante ello, el uso de los mismos puede realizarse por la vía indirecta o interpretativa.

#### **1.7.1.1 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**

Más conocida como Convención Belem do Pará; al respecto, la Corte IDH ejerce competencia contenciosa sobre el artículo 7 de este convenio. De hecho,

---

<sup>61</sup> FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma del juez mexicano". En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coordinadores). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.: UNAM, 2011, p. 365.

recientemente en el caso *Campo Algodonero vs. México* la Corte IDH ha declarado la violación del artículo 7 del tratado en mención.<sup>62</sup>

Así, ha reafirmado su competencia para ello a partir de la interpretación del artículo 12 que desarrolla los mecanismos de protección de los derechos reconocidos en dicho tratado. Igualmente, se ha referido a su competencia para conocer violaciones a este tratado en los casos del Penal Miguel Castro Castro, Ríos y otros vs. Perú, Perozo y otros vs. Venezuela, aunque no necesariamente ha declarado la violación del artículo en mención.<sup>63</sup>

De otro lado, es relevante mencionar que este tratado contiene de manera expresa, en el artículo 7, h, la obligación de adecuar la legislación interna a los estándares de derecho internacional. Por este motivo, el instrumento en mención, también contiene el fundamento del control de convencionalidad que obliga a los Estados que lo han ratificado a utilizarla como parámetro controlador y refuerza la competencia de la Corte IDH para realizar este tipo de examen.

Asimismo, el artículo 11 señala que los Estados Partes podrán requerir a la Corte IDH, opiniones consultivas sobre la interpretación de esta Convención. En ese sentido, no se refiere a la consulta sobre leyes, por lo cual este artículo no habilita el control de convencionalidad sobre la materia. Sin embargo, basta el artículo 64.2 para legitimar el uso de este instrumento como parámetro de control en la vía consultiva.

En relación con el resto de artículos sobre los que la Corte IDH no ejerce competencia contenciosa, si bien no pueden utilizarse como norma controlante en sentido directo, pueden serlo en sentido indirecto o interpretativo. Se debe señalar que la Corte IDH ha indicado ello de manera expresa, al señalar que los artículos sobre lo que no ejerce competencia contenciosa se utilizan para comprender e interpretar los alcances del artículo 7 u otros instrumentos del SIDH.

---

<sup>62</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, fundamento 5.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

La Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes.<sup>64</sup>

En el caso del juez nacional, este se encuentra obligado a utilizar dicho instrumento en su totalidad, como canon de convencionalidad. El uso que puede darle el juez nacional es en sentido directo o indirecto, de manera indistinta.

Sobre el punto, lo que interesa es que al momento de analizar el contenido de una norma nacional siempre se tenga en cuenta al canon interamericano como parámetro de control, aunque el resultado de ello luego se reconduzca a las figuras de control normativo de derecho interno típicas (control de constitucionalidad por ejemplo), tal como se ha explicado en el apartado 1.6.

#### **1.7.1.2 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)**

El artículo XIII de este tratado establece que el trámite de las peticiones o comunicaciones sobre desaparición forzada estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH, y en los Estatutos y Reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH.

En ese sentido, la Corte IDH tiene competencia contenciosa para determinar si el Estado ha incumplido con las obligaciones derivadas del convenio, entre ellas la implementación del tipo penal de desaparición forzada o la interpretación de la norma penal, entre otras.

Sobre el uso de este tratado como norma controladora o parámetro de convencionalidad hay diversos ejemplos que se derivan de los casos resueltos en la vía contenciosa por parte de la Corte IDH, basta revisar el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia o la sentencia del caso Gómez Palomino vs. Perú, en las que se declara la inconvencionalidad de las omisiones

---

<sup>64</sup> Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párrafo 70.

absolutas y relativas en la tipificación del delito de desaparición forzada por parte de los dos ordenamientos respectivamente.<sup>65</sup>

La desaparición forzada de Trujillo Oroza, en el año 1972, no fue resuelta por el Estado Boliviano, aunque se inició un proceso penal para determinar las responsabilidades de los autores, este se hizo bajo tipos penales inadecuados e incluso se declaró la prescripción de la causa (aun cuando el delito de desaparición forzada es imprescriptible).

Sobre el punto, la Corte IDH señaló que la falta de tipificación del delito de desaparición forzada obstaculizó el proceso penal para determinar las responsabilidades de los autores del delito. Por eso estableció como reparación lo siguiente:

Este Tribunal estima procedente la solicitud de que se ordene al Estado tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno y considera que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable a partir de la notificación de la presente Sentencia.<sup>66</sup>

Los jueces nacionales de los Estados que han ratificado este convenio también se encuentran obligados a sancionar toda norma que sea incompatible con los contenidos de dicho tratado o las omisiones en las que ha incurrido el Estado.

Por ejemplo, en el caso *Torres Millacura vs. Argentina*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que el proceso penal para sancionar la desaparición forzada de Torres Millacura se realizara conforme a la CIDFP, a pesar de la falta de tipificación del delito en el código penal argentino.<sup>67</sup>

En ese sentido, la omisión legislativa, a partir de determinado momento dejó de ser un obstáculo para la víctima, ya que la justicia brindó una solución al vacío legal existente

<sup>65</sup> Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64

<sup>66</sup> Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Op. Cit, párrafo 98.

<sup>67</sup> Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párrafo 127.

en el ordenamiento argentino. Claramente este es un ejemplo en el que el juez realiza un examen de convencionalidad sobre la base de la CIDFP como norma controladora.

En el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, la Corte IDH condenó al Estado peruano por la tipificación incompleta del tipo penal de desaparición forzada.<sup>68</sup> Se trata de una omisión legislativa parcial en la medida que restringe la autoría de la desaparición forzada a los “funcionarios o servidores públicos”.

Artículo 320.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2).

De acuerdo con el razonamiento de la Corte IDH, “dicha tipificación no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta”.<sup>69</sup> En ese sentido, se ordenó la modificación del tipo penal descrito, ya que en opinión de la Corte IDH el Estado no ha cumplido las obligaciones que le imponen el artículo 2 de la Convención Americana, para garantizar debidamente los derechos a la vida, la libertad personal y la integridad personal, y el I b) de la CIDFP.<sup>70</sup>

Igualmente, para los efectos del control de convencionalidad a través de la función consultiva, la Corte IDH puede aplicar este instrumento como parámetro de convencionalidad, de conformidad con el artículo 64.2 de la CADH y con la Opinión Consultiva OC-1/82 en la que se señala que dicho tribunal tiene competencia para emitir opiniones, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Artículo 320.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2).

<sup>69</sup> Corte IDH. Caso *Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párrafo 102.

<sup>70</sup> *Idem*, párrafo 110.

<sup>71</sup> Corte IDH. “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto resolutivo 1.

### 1.7.1.3 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST)

En el artículo 8 de este tratado se establece que un caso sobre tortura podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por el Estado responsable luego de que se hayan agotado los recursos internos.

Al respecto, la Corte IDH se ha pronunciado sobre su competencia para conocer presuntas violaciones a este tratado en los casos Paniagua Morales y otros vs. Guatemala y Villagrán Morales y otros vs. Guatemala.<sup>72</sup>

En concreto, la Corte IDH ha indicado que el artículo 8, aunque no alude expresamente al tribunal interamericano, deja abierta la posibilidad de atribuirle competencia para aplicar la Convención contra la Tortura a un órgano internacional, ya sea que se trate de una comisión, un comité o un tribunal existente o de uno que se cree en el futuro.<sup>73</sup>

Así, de acuerdo con la Corte IDH, este artículo le otorga competencia para interpretar y aplicar la Convención contra la Tortura y declarar la responsabilidad de un Estado que haya ratificado este tratado y haya aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>74</sup>

En concreto, la Corte IDH se ha pronunciado sobre el incumplimiento de las obligaciones que impone dicho convenio en casos como Gutiérrez Soler vs. Colombia, Maritza Urrutia vs. Guatemala, Gómez Paquiyauri vs. Perú, Tibi vs. Ecuador, entre otros.<sup>75</sup>

En relación con el control de convencionalidad que se realiza a partir de la CIPST, el caso Rosendo Cantú vs. México brinda algunas luces al respecto. Aquí, los demandantes

---

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafos 246-248;. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 136.

<sup>73</sup> Ídem, párrafo 247.

<sup>74</sup> Íbid.

<sup>75</sup> Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párrafo 54; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrafo 95; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 223.

solicitaron a la Corte IDH que se sancione a México por la falta de tipificación de delito de tortura en el Código Penal del estado de Guerrero.<sup>76</sup>

A decir de los demandantes, ello impidió que la violación sexual de la que fue víctima la señora Rosendo Cantú fuera calificada como delito de tortura. La Corte IDH no declaró la violación de la CIPST, pues estableció que la tipificación del delito de violación sexual y la investigación del caso al amparo de este tipo penal no afectaban la obligación general constituir a la tortura como un delito en el derecho interno que se sanciona con una pena severa.<sup>77</sup>

En efecto, la investigación bajo el supuesto de violación sexual resulta acorde con el hecho denunciado en el caso concreto y con la obligación general de que los actos de tortura constituyan delitos en el derecho interno, así como con el requisito de severidad de su sanción. En este sentido, la Corte observa que la violación sexual es un delito tipificado en el Código Penal del estado de Guerrero y en el Código Penal Federal de México, los cuales prevén penas de prisión de ocho a dieciséis años y de ocho a catorce años, respectivamente.<sup>78</sup>

En el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sin embargo, la Corte IDH sí declaró la responsabilidad internacional del Estado panameño por incumplir con el deber de adecuación de la legislación interna a los estándares interamericanos sobre el delito de tortura.

En concreto, ni el código penal de 1983 ni el artículo 154 del nuevo código penal de 2007 tipificaban de manera adecuada el ilícito en mención, ya que únicamente incluían como sujetos activos a los funcionarios estatales, obviando a aquellos que actuaran con aquiescencia o por instigación de los primeros, entre otros temas.<sup>79</sup> Por ello, la Corte IDH estableció que se habían vulnerado los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST.

En ese sentido, se puede afirmar que la Corte IDH puede ejercer control de convencionalidad a la luz de la CIPST para determinar si una norma nacional cumple o no con los estándares que dicho tratado impone.

---

<sup>76</sup> Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Op. Cit. párrafo 186

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrafos 210-216.

Asimismo, en el caso de los jueces nacionales, estos tienen el deber de aplicarlo de manera directa o interpretativa. De hecho, en el apartado 1.6.1 se ha colocado un ejemplo relativo al uso de la CIPST como norma controladora de un dispositivo de derecho interno.

Igualmente, para los efectos del control de convencionalidad a través de la función consultiva, la Corte IDH puede aplicar este instrumento como parámetro de convencionalidad, de conformidad con el artículo 64.2 de la CADH.<sup>80</sup>

#### **1.7.1.4 Tratados sobre los que la Corte IDH no ejerce competencia contenciosa**

Las dudas sobre la incorporación de estos tratados al concepto de canon interamericano surgen cuando se menciona la justiciabilidad de los derechos reconocidos en ellos, en la medida que la Corte IDH no ejerce competencia contenciosa respecto de los mismos.

La justiciabilidad o no de algunos derechos no tiene porque ser un límite para el control de convencionalidad a nivel nacional ni a nivel internacional en la medida que dicha se deriva de la obligación general de garantía del DIDH.

De hecho, esta afirmación se refuerza si se observa que el artículo 23 del reglamento de la CIDH establece que el Sistema de Peticiones se activa por violaciones o amenazas a los tratados o dispositivos de algunos de los instrumentos sobre los que la Corte no ejerce competencia contenciosa.

Entre ellos se puede mencionar al Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte o a la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador en los dispositivos sobre los que la Corte IDH no puede pronunciarse en vía contenciosa.

Así, la Corte IDH podría utilizarlos en sentido indirecto en el ejercicio de su función contenciosa. Tal como se ha afirmado, el hecho que no pueda realizarse una

---

<sup>80</sup> Supra, acápite 1.7.1.2



declaración directa de inconvencionalidad a partir de estos dispositivos o instrumentos, no significa que estos no puedan dotar de contenido a un tratado como la CADH.

A pesar de ello, los tratados sobre los que no se ejerce competencia contenciosa pueden servir como parámetro directo a través de la función consultiva si es que hipotéticamente se plantea el examen de un proyecto de ley o de una ley por esta vía (ver capítulo 4).

En efecto, la Corte IDH en vía consultiva puede interpretar tratados distintos a la CADH sobre los cuales no necesariamente ejerce competencia contenciosa. El artículo 64 habilita a este órgano jurisdiccional a emitir Opiniones Consultivas incluso sobre tratados que no pertenecen al corpus iuris regional, siempre que estos vinculen a alguno de los Estados que son parte del SIDH.

La propia Corte IDH ha señalado ello en la Opinión Consultiva OC-1/82:

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.<sup>81</sup>

En ese sentido concluyó que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier **tratado internacional aplicable en los Estados americanos**, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o **de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano**.<sup>82</sup>

Más allá de estas posiciones sobre el uso del parámetro interamericano en el marco de las competencias de la Corte IDH, lo cierto es que los jueces nacionales tienen la libertad de utilizar estos instrumentos de manera directa o indirecta.

---

<sup>81</sup> Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 48.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, parte resolutive.

El hecho que algunos instrumentos no sean justiciables en la vía contenciosa de la Corte IDH no implica que los jueces nacionales no tengan la obligación de realizar un control de convencionalidad a la luz de dichos instrumentos. La forma en que se utilizan queda al arbitrio de ellos.

Argentina, por ejemplo, otorga rango constitucional a determinados tratados internacionales, lo que convierte a los dispositivos convencionales en normas aplicables de forma directa en el ordenamiento argentino.

Que ello ocurra o no de manera efectiva en dicho ordenamiento es otra discusión. De acuerdo al ordenamiento argentino, en específico, el artículo 75.22 de la Constitución de 1994, algunos de los tratados que tienen rango constitucional y se aplican de manera directa en el mismo son:

(...) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (...) tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Respecto a este apartado constitucional, de las normas del SIDH, solo la CADH podría aplicarse de forma directa, al igual que las otras normas del Sistema Universal de Derechos Humanos que han sido mencionadas ahí.

No obstante ello, el resto de tratados del SIDH que hayan sido ratificados por el ordenamiento argentino, si bien poseen rango legal, en alguna medida podrían servir para interpretar los derechos constitucionales de este ordenamiento.

Aun cuando ello es así, resulta relevante mencionar que el Constituyente haya previsto que el espectro de tratados con rango constitucional sea ampliable; en ese sentido, sería posible que alguno de los tratados del SIDH adquiriera este rango.

De otro lado, en la medida que existe en alguna forma identidad material entre los tratados con rango constitucional y otros del SIDH que también reconocen o regulan

temas vinculados a los DESC y la tortura, podría afirmarse que estos últimos sirven de guía interpretativa de los primeros, de la propia CADH y de la Constitución argentina.

Si bien el contraste directo con las disposiciones de derecho interno se realiza a la luz de los tratados del Sistema Universal, las normas del SIDH como el Protocolo de San Salvador o la Convención Interamericana contra la Tortura pueden dotar de contenido a estos y finalmente servir de parámetro indirecto de la convencionalidad.

#### **1.7.1.4.1 El caso del Protocolo de San Salvador**

Los Estados que han ratificado el Protocolo de San Salvador están obligados a utilizarlo como parámetro de control de convencionalidad en su totalidad. En el caso de la Corte IDH, si bien solo puede ejercer control de convencionalidad respecto de los artículos 8 y 13 en la vía contenciosa, ello no significa que no utilice el resto de dispositivos de forma indirecta.

Igualmente, en la configuración actual de la vía consultiva, la Corte IDH podría utilizar este instrumento en su totalidad, si es que así lo determina este tribunal.

Ahora bien, aunque el artículo 26 de la CADH abre la posibilidad de brindar protección directa a los DESC en la vía contenciosa, dicho dispositivo casi no ha sido planteado en un caso contencioso ante la Corte IDH. Cuando ello se ha hecho, como sucedió en el caso Cinco Pensionistas vs. Perú, el tribunal ha planteado reflexiones poco precisas.<sup>83</sup>

Esta mención se refuerza en la medida que la DADDH, a la que se le atribuye el mismo uso, consagra una serie de derechos de corte social. En ese sentido, se puede afirmar que en el SIDH la tesis de la protección indirecta de los DESC a través del control de convencionalidad tiene asidero teórico y práctico.

---

<sup>83</sup> Al respecto, las críticas a la Corte IDH van por el lado de que ésta haya rechazado pronunciarse sobre la afectación del artículo 26 en la medida que los solicitantes no representaban a un colectivo que sufriera la afectación a sus derechos por una situación generalizada en determinado estado. Para los críticos, el sistema contencioso ante la Corte IDH está pensado en términos de la protección de víctimas concretas y no de un colectivo *in abstracto*, por ello el razonamiento de la Corte es errado. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Lima: GTZ – IDEHPUCP, 2010, p. 34; MEJÍA RIVERA, Armando J. Op. Cit. p. 225. Consulta: 25-06-2010, [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin\\_mejia\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin_mejia_tesis.pdf).

En efecto, la protección indirecta es una tarea recurrente en la labor de la Corte IDH. Por ejemplo, en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá* la Corte IDH no aplicó artículo 8 del Protocolo de San Salvador para determinar si hubo o no violación,<sup>84</sup> por una razón de competencia temporal. En razón de ello, es que en determinados casos se opta por la protección de los DESC a través de la CADH.

Los conceptos de derecho a la vida o a la integridad se definen a partir de una lectura social de los mismos, que involucra el contenido de los derechos sociales como el de salud y educación, entre otros. Un ejemplo de ello son los casos *Instituto de Reeducción del Menor, Gómez Paquiyauri vs. Perú*, *Lori Berenson vs. Perú*, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, entre otros.<sup>85</sup>

En el último caso en mención, la Corte IDH brindó protección al derecho a la salud mental a través del concepto de vida digna y del derecho a la integridad. La muerte del señor Ximenes Lopes en una casa de reposo en la que se encontraba internado generó responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de los artículos 4 y 5 de la CADH.

La violación de estos derechos tenía una conexión directa con los deberes que se derivan del derecho a la salud y las condiciones de atención que requiere una persona con discapacidad mental. De hecho, la Corte IDH, en los apartados en los que analiza los artículos 4 y 5 de la CADH abordó el tema del derecho a la salud de la siguiente manera:

---

<sup>84</sup> Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61, párrafo 96.

No obstante ello, la Corte IDH manifestó que el Protocolo sí le otorgaba competencia frente a ciertas disposiciones: “La Corte se ha referido anteriormente a su competencia para aplicar tratados de derechos humanos distintos a la Convención Americana. En este sentido, ha considerado que si bien tiene amplias facultades para conocer de violaciones a los derechos humanos, éstas últimas deben referirse a los derechos amparados por la Convención, exceptuados los casos en que otro instrumento internacional, ratificado por el Estado, le confiera competencia para conocer de violaciones a los derechos protegidos por ese mismo instrumento”. Ídem, párrafo 97.

<sup>85</sup> Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.

Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.<sup>86</sup>

Por otro lado, los jueces nacionales, sin importar la tesis que adopten respecto a la justiciabilidad de los DESC, deben brindar una protección directa o indirecta (en este último caso cuando dotan de contenido a los derechos civiles por ejemplo).

### **1.7.2 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)**

Este instrumento es vinculante y forma parte del canon interamericano. La DADDH es parte del *corpus iuris* del ámbito interamericano que se encuentra conformado por los tratados del SIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH al que ya se ha hecho mención líneas arriba.

Ello podría sustentarse afirmando que existe una costumbre internacional relativa a la obligatoriedad del contenido de la DADDH.<sup>87</sup> Así, hay un reconocimiento institucional de esta posición que se revela en la actuación de los órganos del SIDH respecto de la misma, así como en la práctica de los Estados.

#### **1.7.2.1 La DADDH y la CADH**

La CADH en el artículo 29.d establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento no pueden interpretarse de manera que excluyan a la DADDH o limiten los efectos de la misma.

<sup>86</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párrafo 128.

<sup>87</sup> La noción de costumbre se sustenta en la definición que le da la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Es decir, es una práctica seguida por los sujetos del derecho internacional americano y generalmente aceptada por éstos como derecho. MEJÍA RIVERA, Armando. Op. Cit. p. 225. “La costumbre está formada por (a) un elemento material (elemento de la práctica repetida) que consiste en la repetición de actos o de la práctica constante de los sujetos de derecho internacional mediante los cuales aceptan la fuerza vinculante de una disposición, y (b) un elemento formal u *opinio iuris sive necessitatis* (elemento de obligatoriedad jurídica de la conducta realizada) que permite reconocer o tener la convicción de que dichos actos o práctica obligan jurídicamente a los sujetos involucrados, ya que impone obligaciones y atribuye derechos concretos”. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Décimo quinta edición. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 130-134,

En ese sentido, puede afirmarse que en el tratado se asume que este instrumento es vinculante y establece un mínimo de contenidos que no pueden dejarse de lado al interpretarse la CADH.

Aquí la DADDH se define más bien como un elemento de uso indirecto o interpretativo. Es decir, sirve para dotar de contenido a los dispositivos de la CADH pero son estos los que finalmente se aplican de manera concreta.

En concreto, ello se impone como un deber tanto para los jueces nacionales como para el juez interamericano. En principio, la DADDH recibe un uso interpretativo, pero ello no significa que sea el único modo de utilizarla.

En efecto, se cree que es posible que se realice un uso directo de la Declaración, al menos en el caso de los jueces nacionales. Por ejemplo, en el ordenamiento argentino, la DAADH tiene rango constitucional y por ende puede aplicarse de forma directa para dotar de contenido al derecho argentino o para ejercer un contraste entre ella y las normas nacionales. Otros le brindan un uso interpretativo o indirecto, en realidad ello depende de cada ordenamiento jurídico y de la práctica judicial.

En el caso de la Corte IDH el uso de la DADDH, en la vía contenciosa, es indirecto porque de acuerdo a su competencia material solo puede declarar la violación de los tratados que le otorgan la capacidad para ello. Además la propia CADH es clara al respecto de ello.

Igualmente, en el caso de la función de consulta, la Corte IDH ha señalado también que es competente para emitir una Opinión Consultiva relativa a la interpretación de la Declaración Americana en el marco de la Carta de la OEA y la CADH.

En concreto, aquí el uso de la DADDH puede llevarse a cabo de manera directa o indirecta. En efecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud

del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.<sup>88</sup>

### 1.7.2.2 La DAADH y la CIDH

La CIDH ha utilizado de manera constante las disposiciones de la DADDH para determinar si los Estados miembros de la OEA las cumplen y si han existido violaciones a los derechos humanos reconocidos en ella.<sup>89</sup>

Asimismo, esta práctica ha sido aceptada por todos los Estados hasta el punto que han autorizado expresamente a la CIDH a recibir y tramitar peticiones individuales que aleguen dichas violaciones.<sup>90</sup> En efecto, se puede mencionar el hecho que las violaciones a la DADDH se consideren infracciones al DIDH, tal y como sucede en el procedimiento ante la CIDH.

La Resolución XXII titulada “Ampliación de las facultades de la CIDH” que fue adoptada en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria en 1965, es una muestra de que los Estados ratificaron la competencia de la CIDH para velar por la observancia de los derechos humanos en el continente.

En ese sentido, a la CIDH se le facultó para que examine las comunicaciones que le sean sometidas y cualquier otra información disponible, para que se dirija al Gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrafo 44.

<sup>89</sup> MEJÍA RIVERA, Op. Cit, p. 227

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> SECOND SPECIAL INTER-AMERICAN CONFERENCE. *The American Journal of International Law*, Volumen 60, N° 2, abril de 1966, pp. 458-461.

En atención a ello, el Estatuto de la CIDH, reformado en 1966,<sup>92</sup> en su artículo 1, define como una de sus tareas, la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos consagrados en la DADDH en relación con los Estados que no han ratificado la CADH,<sup>93</sup> y también para los que han ratificado este tratado.<sup>94</sup>

En el mismo sentido, el reglamento de la CIDH establece un procedimiento para la presentación de peticiones individuales en las que se involucra la afectación de los derechos reconocidos en la DADDH cuando los involucrados son Estados miembros de la OEA que no han ratificado la CADH.

De esta forma, los artículos 51 y siguientes del reglamento señalan que la CIDH tiene la competencia para recibir y examinar peticiones por violaciones a la DAADH. El procedimiento que se sigue es el mismo que para las peticiones que se sustentan en una afectación a la CADH, es decir se aplican las disposiciones del capítulo I del título II, con la excepción de la decisión de presentar el asunto ante la Corte IDH.

Ahora bien, existen diversos ejemplos en los que se ha aplicado la DADDH para determinar que un Estado ha vulnerado los derechos reconocidos en la misma.<sup>95</sup> El uso reiterado de la misma, da cuenta o nos permite entrever que ella tendría valor jurídico, lo que se corrobora y refuerza con las consideraciones de la Corte al respecto.

---

<sup>92</sup> En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria señaló la necesidad de modificar los estatutos de la CIDH, en concordancia con la ampliación de facultades de la CIDH. "8. That the statutes of the Interamerican Commission on Human Rights shall be amended in accordance with the provisions of this resolution".

<sup>93</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA. Resolución N° 447 adoptada en el noveno período ordinario de sesiones. La Paz, octubre de 1979.

<sup>94</sup> En un principio la CIDH no aplicaba la DADDH pues consideraba que una vez que el Estado ratificaba la CADH, aquella pasaba a ser su elemento primario de evaluación. Sin embargo, posteriormente la CIDH ha indicado que la ratificación de la Convención por los Estados miembros, cuando menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la Declaración Americana

(...). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la cual el Estado argentino estaba y sigue estando obligado, contempla en sus Artículos I, XVIII y XXVI, el Derecho a la Seguridad e Integridad de la Persona, el Derecho de Justicia y el Derecho a Proceso Regular. Consecuentemente, los hechos enunciados configurarían violación de dichos Artículos.

CIDH. Informe 74/90, Caso 9850 vs. Argentina, conclusiones 6-7.

<sup>95</sup> Véase, entre otros: CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 25 octubre 1974; *Segundo informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba*, 7 mayo 1970; *Informe de la Comisión Interamericana sobre la condición de la mujer en las Américas*, 13 octubre 1998.

En un caso reciente, la CIDH consideró que el Estado era responsable de la violación de los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana. CIDH, *Informe N° 78/07. Caso 12.265. Fondo. Chad Roger Goodman (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007, párrafo 89; ver también: CIDH. *Informe N° 79/07. Caso 12.513. Fondo. Prince Pinder (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007, párrafo 41.



De hecho, Rodríguez Pinzón indica que cuando la CIDH resuelve casos concretos en los que se imputan violaciones de los derechos humanos presuntamente cometidas por Estados Miembros de la OEA, que no son Parte en la CADH, está materializando el carácter jurídico de los mandatos de la DAADH.

### 1.7.2.3 La Corte IDH y la DADDH

La Corte IDH ha recurrido a la interpretación evolutiva para analizar el valor jurídico de la DAADH. Así, ha señalado que si bien la DAADH no es un tratado, esta se configura como una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina y define los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA. En efecto, para la Corte IDH ha habido una evolución respecto del carácter o naturaleza de la DADDH, por lo que aplica el argumento evolutivo para afirmar la vinculatoriedad de la misma.

(...) no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración (...).<sup>96</sup>

Ahora bien, al igual que Salvioli, lo señalado por la Corte en esta Opinión Consultiva ha permitido afianzar la idea de que las disposiciones de la DAADH son algo más que “deberes morales de comportamiento”.<sup>97</sup>

Al respecto, es cierto que la Corte IDH no ha integrado a sus análisis de casos contenciosos a la Declaración Americana. Esto guarda relación con el hecho que la Corte haya señalado que sólo aplica de manera directa normas pertenecientes a los

<sup>96</sup> Corte IDH. “Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafo 25.

<sup>97</sup> SALVIOLI, Fabián. Op. Cit. p. 11.

Para Salvioli, una muestra de la vinculatoriedad de la DADDH es el hecho que esta ha sido utilizada por los jueces de la Corte IDH en sus votos razonados. Así por ejemplo, menciona el voto conjunto de Cançado Trindade y Alirio Abreu en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* y *Villagrán Morales vs. Guatemala* en donde se hace uso de la Declaración Americana para desarrollar el concepto de “daño al proyecto de vida”. Ver: Corte IDH. *Loayza Tamayo contra Perú; (Reparaciones)*; Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N 42, Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli, párrafos. 15-16; *Caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala*. Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli, párrafo 8.

tratados interamericanos que le atribuyan competencia y en el hecho que la DADDH se define como un elemento interpretativo para el ejercicio y función de este tribunal.

En efecto, la Corte IDH ha afirmado en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, que en la vía contenciosa, de considerarlo oportuno, utilizará a la DAADH en sentido indirecto para interpretar la Convención Americana”.<sup>98</sup> No obstante ello, en el caso que se menciona no aplicó la declaración para el análisis concreto del caso.

Esta afirmación guarda concordancia con la Opinión Consultiva a OC-10/89 que establece que la DAADH también es fuente de obligaciones jurídicas para los Estados parte de la CADH, aunque este último instrumento lo sea en sentido principal.

(...) para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo **hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.**<sup>99</sup>

En ese sentido, la DAADH es vinculante y forma parte del canon o parámetro interamericano. Cançado Trindade, ha señalado que la DADDH, *a pesar de no ser un tratado, da contenido a varias de las disposiciones de la Convención Americana y de la Carta de la OEA en materia de derechos humanos.*<sup>100</sup>

Por ende, los Estados están obligados a aplicarla o a utilizarla como instrumento para el examen normativo o control de Convencionalidad que se lleva a cabo en los ordenamientos estatales.

<sup>98</sup> Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párrafo 69.

<sup>99</sup> Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, párrafo 46.

<sup>100</sup> CORTE IDH. *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 6 de marzo de 2000, p. 10.

Más allá de todas estas consideraciones, la discusión sobre la vinculatoriedad de la Declaración Americana es relevante en la medida que si forma parte del canon de convencionalidad debe justificarse el porque de su incorporación.

Así, los jueces nacionales deben interpretar la Declaración Americana, y el límite de su actividad hermenéutica se encontrará en el contenido del canon interamericano compuesto por los tratados y jurisprudencia de la Corte IDH que funciona como mínimo de los derechos reconocidos en el SIDH.<sup>101</sup>

### **1.7.3 Jurisprudencia de la Corte IDH para los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH**

El uso de la jurisprudencia es de carácter interpretativo o indirecto, ya que dota de contenido a los tratados o normas nacionales a partir de las cuales se realiza el control de convencionalidad. Hay que diferenciar dos situaciones específicas sobre los efectos de los fallos de la Corte IDH.

Cuando un Estado es condenado por el incumplimiento de la obligación de adecuar el derecho interno, la reparación va más allá del caso en concreto. Y es que se impone al Estado la tarea de modificar su legislación para adecuarla a los estándares del SIDH (Capítulo 4).

Aquí el tema de los efectos se puede considerar *erga omnes*. En efecto, las reparaciones de un caso en el que se ha declarado responsable al Estado por incumplimiento del artículo 2 apuntan a la modificación del ordenamiento interno en general, a manera de garantía de no repetición.<sup>102</sup>

Ahora bien, cuando se habla de los Estados que habiendo aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH no se encuentran involucrados en el fallo que ella emite, algunos discuten la vinculatoriedad de los fallos para aquellos.

<sup>101</sup> Hay un sustento en el principio de no regresividad.

<sup>102</sup> Para un razonamiento parecido en el ámbito europeo revisar el caso *Vertiere vs. Bélgica*. Aquí el TEDH condena el hecho que Bélgica no haya modificado el ordenamiento interno luego del fallo *Marckx vs. Bélgica* en el que se estableció que la legislación belga sobre filiación era inconvencional.

Hay quienes indican que los efectos de los fallos tendrían un carácter orientativo o persuasivo antes que vinculante. Por ejemplo, un sector de la doctrina del ámbito europeo considera que los efectos de las sentencias son siempre interpartes, y que aun cuando los efectos de los fallos que recaen en denuncias interestatales pudieran asemejarse a un concepto *erga omnes*, en realidad estos solo se configuran como un criterio de mera orientación y guía para los jueces nacionales.<sup>103</sup>

En un sentido parecido opina Nogueira Alcalá, quien considera que el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH se basa en el deber de buena fe, es decir, que los tribunales ordinarios no tendrían una razón más allá de dicho principio para aplicar los fallos del tribunal interamericano.<sup>104</sup>

En líneas generales, esta posición sostiene que no existe una obligación jurídica derivada de convenios como el europeo o la CADH, o del derecho internacional en general que establezcan una obligación de incorporar o utilizar la jurisprudencia de tribunales como la Corte IDH o el TEDH.

En efecto, se considera que los artículos 67 y 68.1 de la CADH solo atribuyen a las sentencias de la Corte IDH el efecto de cosa juzgada, es decir de efectos interpartes y por esta razón la falta de seguimiento de los fallos de este tribunal, en el caso de los terceros estados, no constituye una violación autónoma a la CADH, tan solo potencial.<sup>105</sup>

Ahora bien, quienes sostienen esta postura olvidan que en realidad el SIDH en su esencia tiene por finalidad la garantía objetiva de protección de los derechos del

---

<sup>103</sup> RESS, Georg. "The Effect of Decisions and Judgements of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order". *Texas International Law Journal*. Primavera, 2005, Volumen 40, N° 3, Consulta: <[http://www.lexisnexis.com/lnacui2api/delivery/DnldWorking.do?dnldFileName=40\\_Tex\\_Int%27%20L.J.\\_359%2C\\_%20&jobHandle=1827%3A321787977&disb=0\\_T13455008478&fromCart=false&hideSource=false&docRange=Current+Document+%287%29&estPage=34&delFmt=QDS\\_EF\\_WORD60TYPE](http://www.lexisnexis.com/lnacui2api/delivery/DnldWorking.do?dnldFileName=40_Tex_Int%27%20L.J._359%2C_%20&jobHandle=1827%3A321787977&disb=0_T13455008478&fromCart=false&hideSource=false&docRange=Current+Document+%287%29&estPage=34&delFmt=QDS_EF_WORD60TYPE)>

También: KLEIN, E. "Should the binding effect of the judgments of the European Court of Human Rights be extended?". MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Verlag, 2000, pp. 705-706.

<sup>104</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 7, enero-junio 2007, p. 314.

<sup>105</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 74.

individuo. En ese sentido, los efectos de la jurisprudencia de la Corte IDH deberían analizarse a la luz de tales términos.

Igualmente, esta posición deja de lado el hecho que la Corte IDH tiene competencia absoluta para interpretar a la CADH y a otros instrumentos del SIDH. De acuerdo con la propia CADH, el artículo 62.3 ya citado anteriormente, otorga a este órgano plenitud de jurisdicción para conocer cualquier caso relativo a la interpretación de la CADH y otros tratados del SIDH.

Como quiera que fuere, la construcción de los argumentos que sostienen la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH para Estados no involucrados en un caso concreto se abordan en las líneas que siguen.

Aun con todo lo mencionado, se ha optado por la postura de la vinculatoriedad de los fallos para los Estados parte de la CADH que han reconocido la competencia de la Corte IDH.<sup>106</sup>

### 1.7.3.1 La tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH

La fuerza vinculante de la jurisprudencia de los tribunales internacionales es un tema que la doctrina internacionalista ha venido discutiendo en los últimos años. De hecho, Boyle y Chinkin dan cuenta de ello; al respecto, señalan que en su configuración inicial, tribunales como la Corte Internacional de Justicia tenían como función la aplicación del derecho en los casos que conociera y en el mejor de los casos su jurisprudencia era una fuente subsidiaria, hoy puede afirmarse que este tipo de órganos jurisdiccionales crean derecho (*international courts make law*),<sup>107</sup> y contribuyen al desarrollo de las reglas y principios de derecho internacional.

En esta tesis, se sigue esta línea de argumentación. En concreto, la tesis de la vinculatoriedad de la jurisprudencia se sustenta a partir de la figura de “cosa interpretada”, que es una construcción de la doctrina internacionalista la cual se vincula

---

<sup>106</sup> En el caso de los Estados que no reconocen la competencia de la Corte IDH, lo que la Corte IDH señale en sus fallos, será únicamente una especie de parámetro orientador, no resulta vinculante.

<sup>107</sup> BOYLE, Alan and Christine Chinkin. *The making of international law*. New York: Oxford University Press, 2007, pp.266-268.

a los efectos interpretativos de los fallos de la Corte IDH y sostiene que estos son vinculantes para los Estados parte de la CADH.

Así, la “cosa interpretada”, de acuerdo con Saiz Arnaiz, tiene como efecto la vinculación de todos los Estados parte del Convenio a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal internacional al interpretar sus disposiciones.<sup>108</sup>

Ello concuerda con el concepto de efectos indirectos de los fallos internacionales, que pueden definirse como aquellos que superan el concepto de ejecución *stricto sensu* de las sentencias que en principio vinculan solo a los Estados involucrados en un caso concreto<sup>109</sup>.

Desde la doctrina latinoamericana, Ferrer Mac Gregor también plantea que la jurisprudencia de la Corte IDH posee más que un carácter meramente orientativo, ya que a través de ellas, la Corte IDH realiza una interpretación del *corpus juris interamericano*, con la finalidad de crear un estándar para su protección y eficacia real.<sup>110</sup>

De hecho, la Corte IDH parece adherirse a esta tesis ya que en el fallo Almonacid Arellano vs. Chile y otros casos resueltos en sede interamericana, ha señalado que para el examen de Convencionalidad: *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.*<sup>111</sup>

<sup>108</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro. “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa”. *Revista Jurídica de UCES*, 2009, p. 174. Consulta: 07 de julio de 2010. <[http://www.desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../El\\_convenio\\_de\\_Roma.pdf](http://www.desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../El_convenio_de_Roma.pdf)>

<sup>109</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, p. 436.

<sup>110</sup> FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XLIV, N° 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

<sup>111</sup> 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, párrafo 78; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124. Asimismo, se hace necesario mencionar que en el ámbito europeo también hay pronunciamientos sobre el tema en cuestión. En este espacio, por ejemplo, el informe explicativo del protocolo N° 14 que incorporó una reforma procesal en el Sistema Europeo de Derechos Humanos atribuye a los jueces un deber de control legislativo y su conformidad con el derecho convencional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

“In accordance with the principle of subsidiarity, the rights and freedoms enshrined in the Convention must be protected first and foremost at national level. Indeed this is where such protection is most effective. The

En efecto, en el caso Almonacid, la Corte IDH condenó el hecho que el Estado chileno no haya utilizado el contenido de la jurisprudencia sobre leyes de autoamnistía para ejercer control de convencionalidad sobre el decreto ley N° 2.191 que generó el cese de las investigaciones sobre la muerte de la víctima del caso, generándose así una situación de impunidad. Igualmente, esto se ha reiterado en el Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay.<sup>112</sup>

La misma lógica se repite en Gomes Lund vs. Brasil y Gelman vs. Uruguay<sup>113</sup>. En concreto, la Corte IDH hace referencia a los artículos vulnerados por la aplicación de las leyes de amnistía, para ello utiliza a la jurisprudencia de la Corte IDH como elemento esencial para analizar la convencionalidad de la norma. Así, condena el hecho que el Estado no haya seguido el derrotero de la Corte IDH en casos anteriores<sup>114</sup>.

Por otra parte, en el caso Boyce vs. Barbados, la Corte IDH de manera más explícita condenó que el Estado en mención no haya realizado un examen de convencionalidad de la Constitución de Barbados a la luz de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la pena de muerte y al artículo 4 del tratado en mención.

---

responsibility of national authorities in this area must be reaffirmed and the capacity of national legal systems to prevent and redress violations must be reinforced. **States have a duty to monitor the conformity of their legislation and administrative practice with the requirements of the Convention and the Court's case-law.** CONSEJO DE EUROPA. *Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Explanatory Report* Consulta: 20 de junio de 2010. <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>>

Ya en términos generales, respecto a la obligatoriedad de sus fallos para supuestos más amplios que no necesariamente incluyen al control de convencionalidad, el TEDH ha indicado en el caso Mostacciolo Giuseppe vs. Italia: “the domestic courts must be able, under domestic law, to apply the European case-law directly and their knowledge of this case-law has to be facilitated by the State in question”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Mostacciolo Giuseppe vs. Italia. Expediente N° 64705/01, 29 de marzo de 2006, párrafo 126.

En efecto, el caso Modinos vs. Chipre es un ejemplo de la posición del TEDH en torno a la vinculatoriedad de sus fallos. Este caso desarrolla la inconventionalidad de la legislación chipriota que penalizaba la homosexualidad, tema que ha habido sido declarado como vulneratorio del Convenio Europeo en la sentencia del caso Dudgeon vs. Reino Unido. El TEDH condenó el hecho que Chipre no haya incorporado a su ordenamiento los estándares que prohibían la penalización de la homosexualidad en el espacio europeo. Una reflexión sobre el tema se encuentra en QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 132.

<sup>112</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrafo 311.

<sup>113</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafos 215-225; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

<sup>114</sup> 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, párrafo 147-176.

En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una “cláusula de exclusión” que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida

En este sentido, **a la luz de la jurisprudencia de la Corte** y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.<sup>115</sup>

En concreto, se puede afirmar que la Corte IDH ha asumido que la jurisprudencia es un elemento que debe tenerse en cuenta por los Estados, aun cuando estos no se encuentren directamente involucrados en el caso que sirve de parámetro para el control de convencionalidad. Además de ello existen otros motivos por los que se puede llegar a esta posición.

Ahora bien, de acuerdo con algún sector de la doctrina constitucional, los precedentes judiciales admiten una serie de distinciones en su contenido, con lo cual únicamente determinadas partes de un fallo son las vinculantes. Por ello, es necesario diferenciar los componentes de una sentencia: *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*.

En concreto, la *ratio decidendi*, es la formulación general del principio que sirve de base necesaria para la decisión judicial específica; esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial. Por su parte, la *obiter dicta* si bien no tiene carácter vinculante, sino eficacia persuasiva, que varía en función del prestigio del tribunal que emite el fallo.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, párrafos 79-80. El subrayado es nuestro.

<sup>116</sup> En el derecho anglosajón el término *ratio decidendi* se conoce como holding.



Esta distinción también podría plantearse para los fallos emitidos por la Corte IDH, a fin de determinar que partes de una sentencia pueden identificarse con la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*. Además de ello, esto permitiría distinguir categorías relativas a la vinculatoriedad de los fallos. Así determinadas partes del fallo podrían calificarse como precedente obligatorio (*ratio decidendi*) o persuasivos (*obiter dicta*).<sup>117</sup>

La diferenciación entre los tipos de precedente debiera determinarse a partir del análisis concreto de los fallos de la Corte IDH, finalmente, esa tarea corresponde al juez que lleva a cabo el control de convencionalidad al amparo del canon de convencionalidad.

Ahora bien, con relación a la determinación del precedente vinculante existen posiciones maximalistas y otras minimalistas, a través de los cuales se identifica la *ratio decidendi* de una sentencia.<sup>118</sup>

De acuerdo con el maximalismo, el precedente debe involucrar elementos que incluso van más allá de los hechos relevantes de un caso; mientras que para el minimalismo, el precedente se configura a partir de los hechos relevantes de la materia. En el primer caso, el juez dice y en el segundo, el juez dice lo mínimo indispensable, deja preguntas abiertas que deberán ser respondidas en casos futuros.<sup>119</sup> Lo que define si el precedente se configura bajo las reglas de maximalismo y del minimalismo es siempre

---

<sup>117</sup> En el derecho anglosajón el precedente se clasifica como “binding” o “persuasive. El precedente vinculante (binding) implica que los jueces deben de seguirlo -lo aprueben o no-. De acuerdo con Monroy, la un precedente es vinculante cuando existe una estructura judicial definida que permite identificar los criterios de vinculación intraórganos, y una identificación entre las circunstancias que rodean al precedente y al nuevo caso.

Asimismo, de acuerdo con Monroy los precedentes persuasivos “se presentan en aquellos casos en que los jueces o tribunales no están vinculados estructuralmente con los jueces o tribunales que los expidieron, a pesar de lo cual los primeros pueden tomarlos en consideración y aplicarlos en atención a circunstancias particulares”.

MONROY GALVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*. <[www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTF](http://www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTF)>, consulta: 20 de febrero de 2012.

A pesar de los criterios que se utilizan para distinguir la tipología de precedentes presentados, en la tesis se recoge esta categorización para distinguir el grado de vinculatoriedad de los fallos emitidos por un mismo órgano judicial, que además no se articula con las jurisdicciones nacionales bajo la lógica de jerarquía, antes bien, bajo la lógica de horizontalidad.

<sup>118</sup> PULIDO ORTIZ, Felipe Enrique. “Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, p. 174.

<sup>119</sup> MAGALONI KERPEL, Ana. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: Mac Graw Hill, 2001, p. 120.

lo extranormativo, es decir, la polémica que rodea al caso, los elementos políticos vinculados, entre otros.<sup>120</sup>

En la tesis se ha obviado la diferenciación relativa a la *ratio decidendi* y al *obiter dicta*, ya que en la práctica el contenido de tales sentencias se utilizaría sin que se establezca una distinción concreta entre las figuras en mención –de hecho la reflexión sobre el tema es escasa –,<sup>121</sup> ello no significa que se haya asumido una posición maximalista con relación al establecimiento del precedente a nivel de la jurisprudencia de la Corte IDH, ni mucho menos que se considere que la reflexión sobre el tema en estos términos no es relevante.

Como quiera que fuere la reflexión sobre la jurisprudencia de la Corte IDH se acerca más al concepto de precedente estándar, que también se ha recogido en la teorización sobre esta figura.<sup>122</sup> En efecto, ello concuerda con la naturaleza mínima de los estándares de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Al respecto, al amparo del concepto de precedente estándar, la jurisprudencia de la Corte IDH se identifica con lo que se conoce como pautas generales. Estas permiten que los tribunales vinculados por la jurisprudencia analicen los hechos concretos de un caso y resuelvan sobre la base de los criterios sustantivos llamados estándares (en ese sentido, se asemeja al minimalismo, no obstante que este último fija reglas muy concretas, lo que obliga al juez a asumir a conseguir un resultado específico en conformidad con las mismas).<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Ídem, p. 121

<sup>121</sup> De acuerdo con Viveiro, no siempre es sencillo distinguir aquello que constituye *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Por lo general esta labor se desarrolla según la visión – y la propia postura ideológica- y capacidad argumentativa de los jueces y tribunales en proceder equiparaciones o finas distinciones. VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense, 2011, p. 48. Consulta: 19 de noviembre de 2011. <<http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf>>

<sup>122</sup> MAGALONI KERPEL, Ana. Op. Cit., p. 138.

<sup>123</sup> Íbid. Por ejemplo: Magaloni establece un ejemplo claro que permite distinguir la regla del estándar: F}r}}ente a una situación en la que se involucra la responsabilidad civil por accidentes automovilísticos ocurridos en un cruce por donde pasa el tren, A. “Los automovilistas deben parar y ver” (regla); B. “Los automovilistas deben actuar con razonable precaución” (estándar).

Otros autores, identifican al precedente de la Corte IDH con el modelo de precedente regla (maximalismo y minimalismo). Por ejemplo, Silva García, indica que el precedente de la Corte IDH, se configura bajo la lógica del minimalismo.<sup>124</sup>

En relación con ello, plantea que el minimalismo, si bien reconoce la vinculatoriedad del precedente, el juez vinculado por este cuenta con un amplio margen de libertad para ajustar el contenido de la doctrina judicial al contexto político, social y económico.<sup>125</sup>

El alcance minimalista es acorde a la naturaleza regional del fenómeno en estudio, considerando que dichos conflictos normativos rebasan las fronteras nacionales y, por ende, sería común que la ley problemática que tiene enfrente el juez ordinario se halle en un contexto jurídico y social distinto de aquella ley que originó la sentencia regional de inconveniencia, en los casos en que dichos conflictos se hayan formulado en distintos Estados parte.<sup>126</sup>

En ese sentido, los precedentes vinculantes derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH, se adecuan al contexto en el que serán utilizados; esta tarea corresponde al juez nacional. Desde la perspectiva minimalista, el magistrado o el tribunal determinarán su aplicabilidad o no (distinguishing) el precedente interamericano, siempre de manera motivada.<sup>127</sup>

#### **1.7.3.1.1 La distinción entre la cosa juzgada y la cosa interpretada**

Cuando se analiza si los fallos de la Corte IDH poseen un carácter vinculante que va más allá de las partes involucradas, se hace necesario deslindar algunos conceptos. Cançado Trindade, en un discurso ante el Consejo Permanente de la OEA, ha hecho referencia a la cosa interpretada distinguiéndola de la cosa juzgada, esta última vincula al que se encuentra directamente Estado involucrado en un caso (demandado).

<sup>124</sup> Ahora bien, incluso el precedente generado bajo la lógica del maximalismo se flexibiliza, acercándose así al minimalismo. En efecto, la flexibilización no solo se lleva a cabo bajo la técnica del “distingusih”, sino sobre todo bajo la lógica de la argumentación minimalista. Ídem., p. 130.

<sup>125</sup> Ídem., p. 104

<sup>126</sup> SILVA GARCÍA, Fernando. El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°. 5, 2006, pp. 231-253.

<sup>127</sup> Ídem., p. 249.

En efecto, la cosa interpretada se refiere a los efectos de los fallos que emite la Corte IDH en el ordenamiento de los Estados del SIDH que no se encuentran involucrados en el caso resuelto por el tribunal interamericano.

Es indudable que una sentencia de la Corte es 'cosa juzgada', obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es 'cosa interpretada', válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.<sup>128</sup>

En este párrafo, el ex magistrado incide en la existencia de un estándar de los derechos en el ámbito interamericano. Es decir, la noción de cosa interpretada está íntimamente vinculada a la función de armonización y de naturaleza de contenidos mínimos en el SIDH.

Por otra parte, otro de los autores que ha planteado una distinción entre ambas figuras es García Roca, en la medida que discute la similitud entre la Corte IDH y un TC.

Si bien señala que ambas jurisdicciones se asemejan, establece las diferencias entre sus fallos, mientras que una sentencia de inconstitucionalidad de un proceso de control concentrado tiene efectos *erga omnes* derivados de la cosa juzgada, el caso de la Corte IDH es distinto.<sup>129</sup>

Así, el fallo de la Corte IDH es cosa juzgada para el Estado condenado pero al mismo tiempo, es cosa interpretada, *erga omnes*, para todos los Estados parte de la CADH (que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH).<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> CANÇADO TRINDADE, Augusto Antonio. *El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos*. 16 de octubre de 2002, p.10. Consulta: 11 de julio de 2010. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr4.pdf>>

<sup>129</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER. "La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 5, 2006, p. 142.

<sup>130</sup> *Ibid.*

Igualmente, Octavio Cançado Trindade, al igual que Rodríguez Rescia, señala que el efecto de cosa interpretada se asemeja a los efectos de los fallos de los tribunales constitucionales, y también se identifica con el sistema del *common law* y el sistema de precedentes como regla a aplicar en situaciones fácticas similares.<sup>131</sup>

Sobre el tema, la comparación y referencias a la justicia constitucional o a la figura de los precedentes permite graficar los efectos de los fallos de la Corte IDH, pero al mismo tiempo este será un punto de desarrollo en los capítulos 2 y 4 respectivamente.

### **1.7.3.1.2 La noción de garantía colectiva**

Otro motivo para afirmar que los fallos de la Corte IDH ostenta la naturaleza de cosa interpretada se basa en el hecho que el SIDH se define como un sistema de garantía colectiva. Esto significa que los derechos deben ser protegidos con independencia de la nacionalidad del individuo afectado o potencialmente víctima de una violación a sus derechos.<sup>132</sup>

Asimismo, la noción de garantía colectiva se refleja en el hecho que en el SIDH es posible iniciar un proceso ante la Corte IDH a través del planteamiento de demandas interestatales (artículo 61 de la CADH), y en dimensión objetiva y subjetiva de los derechos del individuo.<sup>133</sup>

A partir de la dimensión objetiva, si bien se protege al individuo también se pretende salvaguardar a los derechos humanos por su condición de valores y principios que sustentan el SIDH, la OEA y los ordenamientos de los Estados parte. Es decir, más allá de la protección y reparación a las víctimas de una afectación a los derechos reconocidos en la CADH, estos deben protegerse por su contenido en sí mismos.

---

<sup>131</sup> CANÇADO TRINDADE, Octavio. “Os efeitos das decisões dos tribunais internacionais de Direitos Humanos no direito interno dos Estados”, en: ZERBINI RIBEIRO, LEAO RENATO (COORDENADOR). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, ensaios em homenagem ao Professor Antonio Augusto Cancando Trindade (Liber Amicorum Cancando Trindade)*. Tomo V. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 485.

<sup>132</sup> Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafos 42-46.

<sup>133</sup> TOLE MARTÍNEZ, Julián. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., N° 15, julio-diciembre, 2006, pp. 266-273.

De hecho, sobre la base de esta concepción, se puede afirmar que el SIDH no ha sido diseñado sobre las reglas de la reciprocidad del derecho internacional, sino que las obligaciones de este ámbito trascienden intereses individuales, a favor de una protección común de los derechos del individuo.<sup>134</sup>

En función de tales obligaciones objetivas, la labor de la Corte IDH no solo cumple un rol reactivo frente a violaciones de derechos humanos que se resuelven ante los órganos del SIDH, sino también una función preventiva, hacia futuro.

Al respecto, la propia Corte IDH ha asumido que SIDH tiene como eje característico a la noción de garantía colectiva. En el caso *la Cantuta vs. Perú* ha hecho referencia a la figura en mención como principio que da sustento a la CADH y a tratados que forman parte del SIDH tales como la CIPST, la CIDFP, entre otros.<sup>135</sup> Al respecto, ha indicado que los Estados están obligados a colaborar entre sí para la protección y garantización de los derechos del individuo en términos objetivos.<sup>136</sup>

Así, el efecto de la cosa interpretada supone que los terceros Estados, es decir, aquellos no vinculados directamente al caso, tengan en consideración los fallos de la Corte IDH a manera de prevención que se enmarca en el de garantía.<sup>137</sup>

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párrafo 45.

<sup>135</sup> Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 160.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. "La ejecución de las sentencias de la Corte". En MÉNDEZ., Juan y Francisco COX. *El futuro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 456.

<sup>138</sup> Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Doc. OEA/Ser.G /CP/doc. 3654/02, 17 de octubre de 2002, p. 10. Consulta: 11-07-2010, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr4.pdf>

De hecho, Ayala Corao grafica ello colocando como ejemplo el caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica. El autor señala que a partir del fallo todos los Estados parte de SIDH deben garantizar a toda persona, un recurso de revisión pleno y efectivo ante una sentencia condenatoria de primera instancia. De acuerdo con el autor, si alguna situación se eleva a la Corte IDH, ésta normalmente declarará la responsabilidad internacional del Estado.<sup>139</sup>

Otro argumento ejemplo que da cuenta del principio de garantía colectiva y se refiere a los efectos generales de los fallos de la Corte y al carácter de intérprete último que ostenta este tribunal es el artículo 45 del Reglamento de la CIDH.

En concreto, en este dispositivo se señala que la CIDH, al momento de evaluar si presenta o no una demanda ante la Corte IDH, debe analizar –además de la posición del peticionario y la gravedad de la violación– **el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros**. Igualmente, debe analizar si a partir del caso en concreto se genera la necesidad de que se aclare o desarrolle un tema en específico a través de la vía jurisprudencial.

#### **1.7.3.1.3 La indeterminación y evolución de los tratados del SIDH**

Prebensen indica que los tratados de derechos humanos tienen un alto grado de indeterminación que debe ser definido a partir de la interpretación judicial. De acuerdo a este autor, dicha tarea tiene que ser evolutiva puesto que estos convenios tienen vocación de permanencia en el tiempo y de manera implícita se admite que tales derechos puedan experimentar cambios en el tiempo.<sup>140</sup>

De hecho, la CADH es un instrumento vivo ya que evoluciona con el tiempo y adopta diversos contenidos, de acuerdo al contexto histórico y social de cada sistema de protección de derechos humanos. En ese sentido, la interpretación de los mismos es

<sup>139</sup> AYALA CORAO, Carlos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Año 5, N° 1, 207, p. 135.

<sup>140</sup> PREBENSEN, S. “Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights”. En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. Op. Cit. pp. 1123 y ss.

dinámica y evolutiva y por ende debe tenerse en cuenta cuando se realiza el examen de convencionalidad.

Al respecto, Cançado Trindade señala que en la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte IDH se encuentra más de un ejemplo de este método interpretativo que busca darle una dimensión ínter temporal al contenido de los tratados de derechos humanos.<sup>141</sup>

Ahora bien, en el SIDH la Corte IDH hace referencia a la interpretación evolutiva en la Opinión Consultiva OC-10/89 sobre “interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En ella se señala que “*un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar*”.<sup>142</sup>

En el mismo sentido, más recientemente, en el caso Tibi vs. Ecuador, de 2004, la Corte ha valorado la relevancia de la “interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos” y la considera como una orientación fundamental para fortalecer el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>143</sup>

A partir de ello, al ámbito latinoamericano se aplica lo señalado por Wildhaber respecto del Convenio Europeo, es decir, se le califica como “instrumento vivo”, ello obliga a los jueces a tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH.<sup>144</sup>

En efecto, la CADH es un instrumento dinámico, cuyo contenido va más allá de lo que han previsto quienes contribuyeron a su elaboración, por ello se hace necesario que el entendimiento de cada uno de los derechos reconocidos en ella se entienda a la luz de

---

<sup>141</sup> CANCADO TRINDADE, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 24.

<sup>142</sup> Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrafo 37.

<sup>143</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrafo 144.

<sup>144</sup> WILDHABER, Luzius. “The European Court of Human Rights in action”. *Ritsumeikan Law Review*, N° 21, 2004, p. 84. Consulta: 02-06-2010. <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rtr21/wildhaber.pdf>>



la actualidad del contexto y teniendo en cuenta lo que la Corte IDH ha determinado sobre ello.<sup>145</sup>

#### **1.7.3.1.4 La función armonizadora de la jurisprudencia de la Corte IDH**

La función armonizadora de la jurisprudencia de Corte IDH se materializa a través de la labor de desarrollo de la CADH que realiza dicho tribunal. Esta vocación de armonización deriva de la necesidad de establecer un estándar relativo a la protección de los derechos del individuo.

La función armonizadora se impone en la medida que existe una necesidad de asegurar un contenido mínimo del derecho. La CADH, al igual que el CEDH, se configura como un convenio de mínimos en el ámbito del SIDH; de hecho, esa es la característica del derecho internacional de los derechos humanos<sup>146</sup>. Ello supone que para su construcción se despliegue un proceso de armonización que permita establecer el contenido base para la protección de los derechos de los individuos.

Ahora bien, tal función de armonización se basa en el hecho que la Corte IDH es la intérprete última de la CADH. Dicha afirmación se deriva del hecho que las sentencias que emite dicho tribunal son definitivas, es decir, son inatacables y de la propia interpretación de la CADH.<sup>147</sup>

De hecho, la caracterización de la Corte IDH como intérprete última de la CADH ha sido establecida en Almonacid Arellano por el propio tribunal internacional. Ahora bien, aun cuando la Corte IDH ejerza un rol subsidiario, ello no implica que sus fallos no

---

<sup>145</sup> NEUMAN, Gerald. "Import, export, and regional consent in the Inter-American Court Of Human Rights". *European Journal of International Law*. February, 2008, Consulta: 26-11-2010, <http://www.ejil.org/pdfs/19/1/175.pdf>

<sup>146</sup> NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/ Instituto de Estudios Internacionales, 2000. p. 62.

<sup>147</sup> Algún sector de la doctrina europea señala que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos es el artículo 32.1 del Convenio Europeo el que otorga al TEDH el carácter de intérprete último, auténtico del tratado. "La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47". QUERALT, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 84. A su vez, la autora cita a CALLEWAERT, J. "La Convention Européenne des Droits de l'Homme entre efficacité et prévisibilité" en: *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruselas: Bruylant, p. 94.

sean vinculantes. De hecho, este carácter impide que la Corte IDH se erija como la única intérprete del tratado, pero ello no implica que esta dicte una interpretación auténtica de la CADH.

Así, Queralt indica que si bien los primeros llamados a interpretar los tratados de derechos humanos son los jueces nacionales, ya que poseen la función de garantizar los derechos de los individuos, ello no impide que el fallo de un tribunal como el TEDH o de la Corte IDH deje de ser considerado como un criterio de interpretación definitiva del contenido de los tratados sobre los cuales ejercen competencia jurisdiccional.<sup>148</sup>

Pero aun cuando los tribunales nacionales desconociesen o negasen valor jurídico a la interpretación de la jurisdicción internacional, si el asunto llega a esta sede, será el tribunal internacional el que determine si la interpretación realizada por los jueces internos es o no compatible con los convenios de derechos humanos.<sup>149</sup>

“la actividad desplegada por este órgano (el TEDH), obliga a afirmar que el Convenio se manifiesta como fuente de Derecho no sólo desde su texto escrito sino, de manera incluso, más intensa, también desde la doctrina jurisprudencial emanada, en particular del Tribunal de Estrasburgo, de modo que el estudioso o el aplicador del Derecho no puede prescindir de este segundo elemento al que bien podríamos catalogar como parte del *acquis conventionnel* para conocer los contenidos enunciados en aquel CEDH”.<sup>150</sup>

En la medida que es intérprete supremo, la propia Corte IDH también tendría que tener en cuenta sus criterios jurisprudenciales al momento de resolver una causa. Cançado Trindade parece adscribirse a esta posición: señala que “la Corte Interamericana no puede apartarse de su *jurisprudence constante* al respecto, y tiene el deber de velar por la preservación de los altos estándares de protección construidos a lo largo de los años en su jurisprudencia”.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> QUERALT JIMENEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 85.

<sup>149</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 138.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Voto del Juez Cançado Trindade.

### 1.7.3.1.5 La práctica de los Estados

Sobre la obligatoriedad de la cosa interpretada hay quienes señalan que su vinculatoriedad se deriva del hecho que el tratado que se utiliza como parámetro de control de convencionalidad ha sido incorporado al ordenamiento interno, de ahí la fuente de su vinculación.<sup>152</sup>

Velú, sobre la base del concepto autoridad interpretativa de los fallos del TEDH o autoridad de la cosa interpretada, sostiene la juridicidad del mismo. Este autor resalta el hecho que tribunales de países como Bélgica, Holanda, Suiza y España en los que el CEDH ha sido incorporado apliquen la jurisprudencia del TEDH; aquí la regla o sustento de la obligatoriedad de la jurisprudencia del TEDH es que ella deriva de la incorporación del tratado en sede nacional.<sup>153</sup>

En el SIDH, por ejemplo, los jueces del ordenamiento argentino parecen razonar de esta manera. En relación con la jurisprudencia como parámetro del control de convencionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha admitido la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH.

De hecho, en el caso Giroidi ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante porque el Estado argentino ha reconocido que dicho tribunal tiene competencia para interpretar la CADH, mediante la cláusula de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2°) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la

<sup>152</sup> VELÚ, Jacques. "Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales". En MAHONEY Paul, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD, Luzius WILDHABER. Op. Cit., pp. 1520-1523.

<sup>153</sup> *Ibid.*

Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr, arts.75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054).<sup>154</sup>

Ahora bien, no siempre este es un argumento suficiente. En palabras de Queralt la vinculatoriedad de los fallos de tribunales como la Corte IDH o el TEDH también se deriva de la propia práctica de los jueces.<sup>155</sup>

En efecto, ella menciona que aun cuando este tipo de tratados se hayan incorporado al ordenamiento, difícilmente el juez se sentirá vinculado por la jurisprudencia de los tribunales internacionales si es que no aplican el parámetro normativo conformado por la CADH o el CEDH,<sup>156</sup> aun cuando se encuentran obligados a ello.

En otro sentido, la autora afirma que la efectividad interpretativa de los fallos del TEDH es independiente de la incorporación del tratado al ordenamiento interno de un Estado e incluso de su rango. En casos como el inglés, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH se utilizaba incluso antes de la aprobación de la *human rights act* en 1998 y de su entrada en vigencia en el año 2000.<sup>157</sup>

Por su parte, la propia Corte IDH ha abordado, en el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela del año 2011, la posición de las más altas cortes de algunos Estados parte del SIDH, sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana.<sup>158</sup>

En efecto, dicho tribunal ha mencionado el caso peruano, el colombiano, el costarricense y el boliviano, para afirmar que el examen de convencionalidad al que se encuentra obligado el juez nacional incorpora, como parte del contenido del parámetro controlador, a la jurisprudencia de la Corte IDH.<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Caso Giroldi, Horacio d. y otro*, 07 de abril de 1995, párrafo 11.

<sup>155</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 76.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ídem*, p. 169

<sup>158</sup> Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela*. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrafos 165-171.

<sup>159</sup> *Ibid.*

#### 1.7.4 ¿Las opiniones consultivas forman parte del canon interamericano?

En esta investigación se asume que las opiniones consultivas de la Corte IDH forman parte del canon interamericano por motivos como el de la autovinculación de la Corte IDH a estos instrumentos y por la práctica de los Estados.

Si bien la mayoría de la doctrina y, en algún momento la justicia interamericana, las ha considerado no vinculantes por tener una naturaleza distinta a la de los fallos emitidos en la vía contenciosa. No obstante ello, en la práctica tienen una influencia que, al menos, lleva a plantear la posibilidad de que hayan adquirido carácter jurisdiccional (ver capítulo 4).

Por ello, se asume que las opiniones forman parte del canon, a diferencia de los informes de la CIDH que no vinculan ni siquiera a la Corte IDH y no plantean interpretaciones “últimas”, la función consultiva sí permite ello. Por este motivo, también se cree pertinente incorporarlas al canon.

Como se sabe, la propia Corte IDH en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* ha establecido que las “recomendaciones” de la CIDH no poseen naturaleza vinculante, ya que de acuerdo al sentido común de los términos, no se puede concluir la obligatoriedad de aquellas.<sup>160</sup>

Aunque luego, a partir del caso *Loayza Tamayo vs. Perú* el tribunal interamericano ha señalado que los Estados deben realizar todos los esfuerzos por aplicar las recomendaciones de la CIDH; no obstante ello, dicha aseveración no significa que ellas posean carácter vinculante.<sup>161</sup>

Con relación a la vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas, conviene señalar que también podría establecerse una diferencia entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*. En efecto, esta determinación requiere de un examen concreto, que permita diferenciar el

---

<sup>160</sup> Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C Nº 22, párrafo 67; *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párrafo 93.

<sup>161</sup> Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrafo 80.

precedente vinculante del persuasivo a fin de que se apliquen las reglas mínimas o estándares conforme al contexto de cada ordenamiento.

#### 1.7.4.1 La autovinculación de la Corte IDH

Puede afirmarse que las Opiniones Consultivas se constituyen como un canal a partir del cual la Corte IDH establece una interpretación armonizadora de los derechos del SIDH. Es la propia Corte IDH la que se autovincula a lo resuelto en las Opiniones Consultivas tanto para las futuras opiniones, como para los casos contenciosos.

Basta dar una lectura a sus fallos para constatar ello o también a la opinión generalizada sobre algunos elementos que la Corte IDH ha desarrollado en sus Opiniones Consultivas.

Por ejemplo, en relación con las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos como requisito para acudir al SIDH, la Corte IDH amplió un supuesto no previsto en la CADH. Al respecto, indicó que la excepción también se aplicaba a los casos de indigentes que no pudieran agotar dichos recursos por la condición que enfrentan.

Así la Corte IDH estipuló lo siguiente: “(...) *si un indigente requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos*”.<sup>162</sup>

Luego de la emisión de esta Opinión Consultiva, se asume que un indigente puede acudir al SIDH sin haber agotado los recursos internos. Tanto los manuales de DIDH, la propia CIDH y los futuros litigantes tienen en cuenta la regla en mención, sin discusión alguna.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990*. Serie A No. 11, párrafo 3.

<sup>163</sup> Por ejemplo, el manual Faúndez Ledesma da cuenta de lo requisitos de admisibilidad para el sistema de peticiones que exige la CADH, y las excepciones a los mismos. En ese sentido, desarrolla el artículo 46, 2, agregándole el criterio de indigencia desarrollado en la Opinión Consultiva mencionada. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p.333.

Asimismo, ya haciendo alusión a los propios fallos de la Corte IDH y el uso de las opiniones consultivas, se puede citar –sin ánimo de ser exhaustivos– los casos Vélez Loor vs. Panamá, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.<sup>164</sup>

En estas sentencias se hace uso de las Opiniones Consultivas sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, para hacer referencia al interés superior del niño y al derecho de asistencia consular en el pronunciamiento de fondo de las sentencias.<sup>165</sup>

En el mismo sentido, en el caso Bueno Alves vs. Argentina, la Corte IDH declaró la violación de los derechos 8 y 25 de la CADH por que el Estado no informó al señor Bueno Alves de su derecho a recibir asistencia consular en su condición de extranjero.

Para declarar dicha violación la Corte IDH aplicó los alcances de la Opinión Consultiva OC-16/99. A partir de ello la Corte IDH “el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad es parte de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.<sup>166</sup>

Ello revela que los contenidos de la Opinión Consultiva cumplen un rol más que relevante en la reflexión y resolución de casos contenciosos. En atención del principio de universalidad, ante un caso semejante (consultivo o contencioso), la Corte debe aplicar el mismo criterio.<sup>167</sup> (ver capítulo 4)

De acuerdo con el principio en mención, los jueces deben tomar una decisión basándose en reglas generales, adoptadas en casos anteriores, esto es lo que la Corte IDH hace precisamente al recurrir a las opiniones consultivas para resolver otras consultas o casos contenciosos.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafos 130 y 136-138; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 97.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, párrafo 116.

<sup>167</sup> MONDRAGÓN REYES, Salvador. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México D.F., N° 29, 2010, p.44

<sup>168</sup> *Ibid.*

Y es que más allá de la naturaleza de la función consultiva la Corte IDH aquí también actúa como **último intérprete del SIDH** y en ese sentido, sus argumentos plantean un estándar mínimo que debe tenerse en cuenta para prevenir y garantizar la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos del SIDH.

Ello es más relevante aún en la medida que a través de esta función la Corte IDH realiza un ejercicio de puro derecho, por lo cual el razonamiento del tribunal internacional aporta aspectos importantes y necesarios a la construcción de los estándares de protección del SIDH.

Asimismo, a través de esta figura dicho tribunal puede pronunciarse directamente sobre cualquier instrumento del SIDH o de manera interpretativa sobre los instrumentos del sistema universal. Esta cuestión es importante en la medida que la Corte IDH no siempre tiene esta apertura en la vía contenciosa, aun cuando pueda realizar un ejercicio de control de convencionalidad indirecto.

#### **1.7.4.2 La práctica de los Estados**

La práctica de los Estados también refuerza la ubicación de las Opiniones Consultivas como parte del parámetro interamericano. En efecto, no son pocos los países que asumen esta posición de manera expresa o implícita. Algunos ejemplos son los de Costa Rica, Colombia y Argentina.

En el caso de Costa Rica, luego de que la Corte IDH emitiera la OC-5/85, la Sala Constitucional de Costa Rica anuló el artículo 22 de la ley N° 4420 (Ley Orgánica de periodistas de Costa Rica) atendiendo a su incompatibilidad con el artículo 13 de la CADH. Para ello, sustentó lo siguiente:

(...) no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Concluir lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no sólo de la



Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación (...).<sup>169</sup>

En el ordenamiento argentino también se aplica el contenido de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH. Así, en el caso *Giroldi* por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado los argumentos de la Opinión Consultiva OC-11/90, no obstante que Argentina no fue quien la solicitó.

En concreto, la Corte Suprema ha señalado que la jurisprudencia es un elemento guía y pauta interpretativa que deben adoptar los tribunales en la medida que la Corte IDH tiene competencia para conocer todos los alcances relativos a la interpretación y aplicación de las normas.

Luego de afirmar ello, hizo referencias al concepto del deber de garantía haciendo referencia a la Opinión Consultiva mencionada.

Garantizar entraña, asimismo, "el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Convención opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -"Excepciones al agotamiento de los recursos internos", párrafo. 23).<sup>170</sup>

En efecto, luego de la mención a la jurisprudencia comparada, se puede plantear que en estos ordenamientos, la función de consulta es más que un parámetro orientador, incluso en los casos que no involucran directamente al Estado que las aplica.

En líneas generales, los contenidos de la Opinión Consultiva son parte del canon interamericano, compuesto por mínimos y generan un estándar que los Estados deben seguir. De otro lado, esta regla es la que también se aplica respecto de las Opiniones que se emiten cuando es la CIDH la que ha solicitado la consulta.

---

<sup>169</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno". CORTE IDH. *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*. Tomo II. San José: Corte IDH, 1998, p.825.

<sup>170</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Caso Giroldi, Horacio d. y otro*, 07 de abril de 1995, párrafo 12.

En el ordenamiento peruano, como se constatará en el capítulo respectivo, esta es la posición asumida. De hecho, los fallos del TC incorporan dentro del concepto jurisprudencia internacional a las opiniones consultivas de la Corte IDH.<sup>171</sup>

### **1.7.5 *Parámetro de convencionalidad para Estados que no han ratificado la CADH: el caso de la DADDH***

Hay una pregunta pendiente respecto a los Estados que no han ratificado la CADH, y su relación con el canon interamericano o con el control de convencionalidad. ¿Existe canon para ellos u obligación de contrastar las normas de derecho interno con los instrumentos de SIDH?

En principio, se ha señalado que la realización de un control de convencionalidad, es decir, un examen de contraste entre la norma internacional y la norma de derecho interno, no es una actividad exclusiva o que solo se desprenda de las obligaciones generales de la CADH, sino que en realidad es un concepto aplicable en circunstancias en las que distintas normas de origen internacional sirven como parámetro de control de las normas internas.

En ese caso, los Estados que no han ratificado la CADH, sí se encontrarían obligados a realizar control de convencionalidad. Por ejemplo, la Declaración Americana genera obligaciones en los Estados debido a su naturaleza de norma consuetudinaria.

Además de ello, la obligación de adecuar el derecho interno es general y su cumplimiento no se desprende de la ratificación de un tratado sino de los principios generales del derecho internacional. De hecho la Corte IDH en diversos fallos, incluida la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” ha remarcado el carácter de norma consuetudinaria del control de convencionalidad:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las

---

<sup>171</sup> STC N° 2730-2006-PA/TC, publicada el 27 de julio de 2006, FJ. 9-11.

modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.<sup>172</sup>

Ahora bien, el término control de convencionalidad no es el más adecuado para los Estados que siendo parte de la OEA no han ratificado la CADH, pero el contenido de la obligación sí lo es, en la medida que la Declaración es norma internacional consuetudinaria, cuestión que obliga a ejercer dicho control a los jueces de los Estados parte del SIDH.

Puede resultar extraño hablar del control de convencionalidad cuando un Estado no ha ratificado la CADH. En efecto, se ha visto que la primera referencia o vínculo con el concepto de control de convencionalidad en el SIDH es la CADH, razón por la cual, pareciera que los Estados que no son parte del tratado no tendrían porque aplicar el control de convencionalidad.

Al respecto, existe una analogía con la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>173</sup> que se considera norma consuetudinaria, e incluso las propias normas constitucionales imponen la obligación de utilizarla, al menos como criterio hermenéutico, como el artículo 10.2 de la Constitución de España, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de Perú, la Constitución de Portugal, y de manera directa la Constitución de Argentina.

Pero incluso, si no existiera tal referencia constitucional, la naturaleza de norma jurídica de tales Declaraciones de derechos las hace obligatorias para el juez nacional. En concreto, la mención expresa a la Declaración en realidad no la convierte en norma jurídica, pues dicho carácter en realidad depende de otros factores que definen a la norma consuetudinaria.

---

<sup>172</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 167; caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, párrafo 164; caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 87; caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párrafo 179; caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 136.

<sup>173</sup> La DADDH es anterior a la Declaración Universal, y el contenido de las mismas es similar u análogo, lo que se explica por el periodo relativamente cercano en el que se emitieron ambas.

Esta afirmación puede ser redundante, pues, por muy obvio que parezca referirse a la obligación de aplicar las mismas en el ámbito nacional, la práctica parece demostrar que ello no es así. De hecho, la aplicación de normas consuetudinarias en el ámbito nacional es un tema poco explorado y se ve opacado por la incorporación de los diversos tratados de derechos humanos en los ordenamientos estatales.

Sobre el caso español, Saiz Arnaiz dirá que la relevancia interpretativa de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del TC de España es en la práctica nula. De hecho, se hacen más referencias a los pactos internacionales del sistema universal de protección de derechos humanos, así como del CEDH, antes que la Declaración Universal.

En relación con la DADDH, el uso de la misma en comparación con otros instrumentos de derecho internacional es menor, y por lo general, las referencias a ella siempre se hacen de manera conjunta a otros dispositivos internacionales ratificados por los Estados, si es que sus cláusulas no son obviadas en el razonamiento judicial.

Esto sucede en la medida que tanto la DADDH como su análoga, la Declaración Universal, en realidad han sido opacadas, debido a la entrada en vigor de tratados como la CADH o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante ello, estas Declaraciones han sido el génesis y han dado paso a la consolidación y aprobación de las normas convencionales a las que hemos hecho mención. Estos tratados se habrían gestado para revestir al contenido de las Declaraciones del carácter jurídico que aparentemente no tenían.

Independientemente de ello, la DADDH sigue teniendo utilidad práctica, sobre todo en aquellos casos en los que no se ha ratificado la CADH. Hay un canon de protección de derechos que no se gesta necesariamente a partir de la CADH, y que puede identificarse también con el ámbito de la Organización de los Estados Americanos y la Carta de la OEA.

## 1.8 Objeto de control del examen de convencionalidad

La finalidad del examen de convencionalidad es determinar la conformidad o no de disposiciones de derecho interno o de las interpretaciones que se le brindan a estas en relación con los estándares impuestos por el SIDH. El contraste normativo que se realiza permite promover la protección de los derechos reconocidos en la CADH y otros instrumentos del SIDH.

Al respecto, cabe señalar que este tipo de contraste va más allá del examen literal del dispositivo, de hecho, el control de convencionalidad involucra el uso de técnicas interpretativas que dotan y enriquecen de contenido a la norma objeto de control, por lo que esta no necesariamente será declarada inconvencional –aunque de una interpretación literal pudiera concluirse en ello –.

Esta afirmación se puede sustentar desde la práctica nacional e interamericana sobre la materia. Sin embargo, el presente fallo grafica de alguna manera los elementos a los que se acaban de hacer referencia:

(...) Respecto a la adopción de dichas medidas, 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.**<sup>174</sup>

Así, a través del control de convencionalidad se busca que el contenido del canon interamericano sea efectivo, por ello, las disposiciones examinadas se declaran aplicables, inaplicables, inválidas o se reinterpretan a la luz de la CADH.

En relación con el conjunto de disposiciones de fuente nacional que son objeto de control de un examen de convencionalidad, se encuentra las siguientes:

---

<sup>174</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párrafo 180. El subrayado es nuestro.

### 1.8.1 Normas del ordenamiento de un Estado parte del SIDH

En este caso, el juez nacional determinará si es que una **disposición** aprobada en un periodo anterior o posterior a la asunción de las obligaciones internacionales por parte el Estado cumple con el contenido impuesto por el derecho internacional.

Igualmente, a partir del control de convencionalidad se determinará si los actos de aplicación de una disposición (por parte de una autoridad estatal o de un juez) se basan en una **interpretación conforme** al canon interamericano.

Por ejemplo, en los procesos de segunda instancia, a nivel judicial, el juez superior podrá excluir la interpretación de un dispositivo que haya realizado el juez inferior, siempre que sea inconvencional, e inaplicarlo al caso concreto.

Igualmente, cuando se evalúa la afectación de un derecho a partir de las acciones de aplicación de una autoridad administrativa basadas en una interpretación inconvencional de la norma, el juez nacional podrá determinar el contenido del dispositivo a la luz del canon y a partir de ello, revertir la situación o reparar los derechos afectados.

En ese sentido, de ser inconvencional, la disposición o la interpretación que se le ha dado a la misma se inaplicará al caso concreto o, si es que está dentro de las competencias del juez nacional podrá declararse inválida. En el último de los casos, el control de convencionalidad está ligado al concepto de control constitucional en sentido abstracto

Es decir, siempre que el juez constitucional utilice al parámetro interamericano como norma de naturaleza constitucional dentro de un proceso de control abstracto, la norma se declarará inválida por ser inconvencional e inconstitucional.

Asimismo, a partir del examen de convencionalidad también el Estado tiene la obligación de realizar todos los esfuerzos conducentes a reinterpretar el significado de las normas incompatibles con la CADH.<sup>175</sup>

Aquí lo que se examina es si las normas nacionales previas o posteriores a la ratificación de un tratado internacional se adecuan a través de una reinterpretación a la luz del parámetro interamericano. Es decir, no siempre se inaplicará o invalidará una norma, sino que si es posible reinterpretarla, el ejercicio resultará siempre válido.

La interpretación conforme es un ejercicio que se aplica en el caso que se examinen las normas de rango constitucional, este tema se analizará en los capítulos 2 y 3.

De hecho, ello es así en la medida que se parte de la noción de que tanto la Constitución como el parámetro interamericano se encuentran en igualdad de rango dentro de determinados ordenamientos, ya sea porque lo determina la propia norma constitucional o porque la práctica judicial sobre la materia permite afirmar ello.

Por otra parte, en el caso del control de convencionalidad por la Corte IDH, las disposiciones objeto de control en sede contenciosa y consultiva, siempre serán todas aquellas que pertenecen o han pertenecido a los ordenamientos estatales –anteriores o posteriores a la ratificación y entrada en vigencia de los tratados que forman parte del parámetro interamericano–, los proyectos de ley, así como las interpretaciones que se les da a estos instrumentos normativos. En este caso, también son objeto de control las constitucionales de los Estados parte.

Asimismo, el control de convencionalidad, en sede contenciosa, se activa a partir de los actos de aplicación o interpretación judicial o administrativa de la disposición objeto de examen en sede interamericana (la tesis se centra en la función del juez nacional). Conviene señalar que lo que se sanciona es la norma en sí o la interpretación de la disposición, aunque para ello se haya partido de un hecho concreto.

---

<sup>175</sup> ALBANESE, Susana. *Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad*. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <<http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7996&tipo=2>>

En este caso, es relevante el examen que la Corte IDH realiza a partir de las interpretaciones o aplicación de normas inconvencionales llevadas a cabo por jueces nacionales. En concreto, se ha señalado lo siguiente:

(...) será en la etapa de fondo en la que se determinará si el presunto **control de convencionalidad que alegó el Estado** involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable.<sup>176</sup>

En efecto, ya se ha señalado que en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* la Corte IDH estableció que el Estado había incumplido con el deber de llevar a cabo un examen de convencionalidad de la normativa nacional, lo que puede involucrar la constatación de una inadecuada interpretación de los instrumentos del canon interamericano.<sup>177</sup>

Igualmente, en el caso *Radilla Pacheco vs. México* se ha establecido que los jueces están como parte del aparato del Estado, también están sometidos a la CADH, lo que les obliga a llevar a cabo exámenes de convencionalidad, que eventualmente se ventilarían en sede contenciosa si el juez aplica un criterio inconvencional que afecta la esfera de derechos de un individuo.<sup>178</sup>

### **1.8.2 Omisiones legislativas**

Igualmente, el control de convencionalidad se practica respecto de los vacíos y omisiones legislativas. El examen que realiza la Corte IDH respecto del delito de desaparición forzada y su falta de tipificación en los ordenamientos es un ejemplo de ello, (Ver casos *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, *Ibsen Cárdenas vs. Bolivia*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, entre otros).

En efecto, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte IDH señaló que la falta de tipificación del delito de desaparición forzada –hasta el año 2007– por parte del Estado de Panamá le hacía responsable de la violación de los artículos 2 de la CADH y

<sup>176</sup> 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, párrafo 24.

<sup>177</sup> Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, párrafos 79-80.

<sup>178</sup> Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 339.



III de de la CIDFP. Asimismo, indicó que dicha omisión obstaculizó el desarrollo efectivo de un proceso penal que hubiera comprendido a los elementos del delito desaparición forzada de personas<sup>179</sup>.

No obstante ello, la posición de la Corte IDH sobre la materia no siempre ha sido la misma. En efecto, en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, la Corte IDH no consideró que la falta de tipificación del delito hubiera sido un obstáculo para acceder a la justicia.

Al respecto, señaló que si bien dicha tipificación era deseable, la falta de ella no había obstaculizado el desarrollo de los procesos que siguió la justicia colombiana para investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de las personas víctimas de desaparición forzada.<sup>180</sup>

Por otro lado, de acuerdo con el concepto de examen de convencionalidad, el control sobre las omisiones legislativas también debiera aplicarse en los ordenamientos estatales en la medida que el incumplimiento de la aprobación de normas también genera responsabilidad internacional.

Por ejemplo, esta fue una reflexión del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito de México, aunque el órgano concluyó en que el amparo por omisión no era posible, estableció lo siguiente:

“La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados”.<sup>181</sup>

En efecto, en diversos ordenamientos existen canales para declarar el incumplimiento del órgano encargado de legislar. No obstante ello, las omisiones legislativas suelen analizarse dentro de los procesos de inconstitucionalidad de control concentrado.

<sup>179</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párrafo 187.

<sup>180</sup> Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, párrafo 56.

<sup>181</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 136/2002, 13 de diciembre de 2002.

En países como Brasil o en el ordenamiento de algunos estados de México se le conoce como acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Igualmente, en Colombia, la Corte Constitucional ha reflexionado sobre el tema, admitiendo la figura como parte de su labor jurisdiccional.

En ese sentido, el control de convencionalidad de omisiones normativas se podría canalizar a través de la figura en mención, siempre que en los ordenamientos nacionales en que esta figura existe, el parámetro de convencionalidad sea considerado o aplicado por el juez como norma de rango constitucional.

Ahora bien, el hecho que en otros sistemas jurídicos la figura de omisión legislativa no se reconozca específicamente, no significa que el control de convencionalidad no opere para controlar los vacíos o los incumplimientos por parte del Legislativo o el órgano encargado de aprobar una norma.

En efecto, sería positivo que los jueces efectúen control de convencionalidad respecto de las omisiones legislativas. De hecho, en la práctica, los procesos de amparo, sirven para realizar un control de las omisiones legislativas a partir de casos concretos, un ejemplo de ello es el “mandado de injunção” que también pertenece al ordenamiento brasileiro.<sup>182</sup>

Con todo la figura del control de las omisiones legislativas sigue siendo aislada, no generalizada, pero una reflexión sobre el tema y el control de constitucionalidad-convencionalidad sería importante.

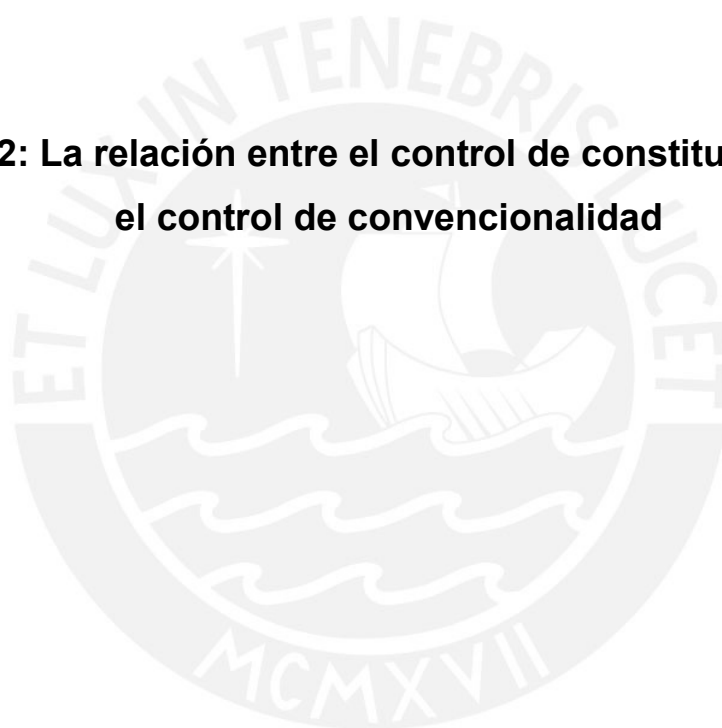
No obstante ello, aun sin que exista un control de omisiones legislativas reconocido en las leyes o en la práctica judicial, el órgano con el poder para legislar tiene también la obligación de aprobar o adecuar las normas conforme a las obligaciones internacionales que han sido asumidas.

Sobre las normas objeto de control dentro del ordenamiento peruano, el tema se abordará en el capítulo 3 de la presente investigac

---

<sup>182</sup> HERNÁNDEZ PÉREZ, Sarai. *Análisis de la Acción por Omisión Legislativa en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y el Proyecto de Ley Reglamentaria*. Tesis de Maestría en Derecho. Veracruz: Universidad Veracruzana. Consulta: 16 de noviembre de 2011.  
<<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros%202007/Tesis/T8.pdf>>

## Capítulo 2: La relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad



## 2.1 Delimitación del objeto y elementos para el ejercicio comparativo

En el capítulo 1 se han establecido los lineamientos generales relativos al control de convencionalidad en el SIDH. El desarrollo del mismo se ha centrado en las obligaciones de derecho internacional que dan origen a la figura en mención.

En este capítulo se parte del presupuesto de que el control de convencionalidad es un deber impuesto al juez nacional como a la Corte IDH, y a la vez se define como un criterio o mecanismo de resolución de conflictos normativos.

El estudio de esta figura involucra un análisis de la relación entre el juez nacional y el juez de la Corte IDH. En ese sentido, se parte del presupuesto de que el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas jurídicos distintos, pero interrelacionados sobre la base de un diálogo creciente, con influencias mutuas y objetos de protección comunes.

La tesis se enfoca desde la óptica del derecho interno, no tanto en la lógica del monismo o dualismo, sino en la de coordinación o relación horizontal entre ordenamientos.

En el estudio no se pierde de vista que el principio de subsidiariedad es el que establece la pauta en torno a las obligaciones del juez nacional y a las del juez interamericano; este principio define el momento en el que el juez de la Corte IDH interviene para llevar a cabo el examen de convencionalidad, únicamente si es que en el derecho interno no se ha llevado a cabo el examen y si las víctimas han iniciado un proceso ante la CIDH.

De hecho, en el ordenamiento peruano, el artículo 205 de la Constitución de 1993 confirma la subsidiariedad del SIDH, con relación a la jurisdicción de orden nacional pues establece que “agotada la jurisdicción interna, el individuo puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

Sin dejar de lado el principio de subsidiariedad, también podría afirmarse que la relación entre la justicia nacional y la justicia interamericana es complementaria –el término se refiere a concurrencia de jurisdicciones en el sentido procesal –. En efecto, aunque la jurisdicción de la Corte IDH se activa de manera eventual, cuando el sistema nacional no ha cumplido con el deber de garantía –en dicho sentido también se complementan –, los efectos de cosa interpretada de los fallos de la Corte IDH complementan la labor del juez nacional o al menos le sirven de parámetro mínimo para resolver una causa; y viceversa, ya que la Corte IDH también hace uso de construcciones jurisprudenciales de índole nacional.

Un ejemplo de la complementariedad que se traduce en coordinación y diálogo entre jurisdicciones, es el caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, ya que en el fallo de fondo la Corte IDH recogió las consideraciones en materia de pensiones emitidas por el Tribunal Constitucional peruano.

En concreto, se discutió si los demandantes tenían derecho a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530. La Corte IDH falló a favor de los demandantes, asumiendo que aquel dispositivo tenía la naturaleza de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana.

En efecto, citando la sentencia emitida por el TC el 23 de abril de 1997, la Corte IDH afirmó que en el momento en que una persona adquiere los requisitos para recibir una pensión, “incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración”.<sup>183</sup>

Este caso grafica la forma en que un tribunal internacional hace uso de la jurisprudencia o el razonamiento de un juez nacional para fundamentar su decisión; en el caso concreto la Corte IDH tomó como sustento la teoría de los derechos adquiridos para determinar si se había afectado el derecho a la propiedad (pensión se subsume en el artículo 21 de la CADH).<sup>184</sup>

<sup>183</sup> Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 99.

<sup>184</sup> “La teoría de los derechos adquiridos refiere que la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor”.

Ahora bien, a lo largo del capítulo se pretende utilizar el concepto de control constitucional –que también es otro mecanismo para solucionar conflictos normativos a nivel de derecho interno– y la teoría general del Derecho, para establecer un análisis paralelo o comparativo con el control de convencionalidad que se lleva a cabo tanto en sede nacional como en sede interamericana.

En relación con el **control de convencionalidad que lleva a cabo el juez nacional** la realidad permite afirmar que es posible establecer un contraste entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad que lleva a cabo el juez nacional, e incluso identificar ambas figuras.

En efecto, si bien la Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad deben llevarlo a cabo todos los jueces (no necesariamente de competencia constitucional), tampoco niega que en determinados ordenamientos el juez de constitucionalidad sea quien lo ejecute y aplique las mismas modalidades y efectos que los del control de constitucionalidad.

Un ejemplo de ello es el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* en el que la Corte IDH ha señalado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer control de constitucionalidad y “de convencionalidad”, ya sea para resolver casos concretos o utilizando las otras modalidades de control normativo dentro de un ordenamiento.<sup>185</sup> A partir de la última mención se puede plantear una analogía entre el control de convencionalidad y el control abstracto de constitucionalidad.

Asimismo, la vinculación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad se puede comprobar si es que se da una mirada a las sentencias emitidas por los tribunales latinoamericanos de orden constitucional. De hecho la Corte

---

(...)

“La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de irretroactividad cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquella entre en vigencia. La situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior”.

NEVES MUJICA, Javier. *Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Consulta: 02 de febrero de 2012, <[http://www.amag.edu.pe/publicaciones/contenido\\_web\\_amag/contenido48/165-185.pdf](http://www.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/165-185.pdf)>

<sup>185</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párrafo 128.

IDH ha dado cuenta de las prácticas de las altas Cortes nacionales –que usualmente ejercen control de constitucionalidad–.<sup>186</sup> Sin embargo, se espera abordar algunos elementos teóricos que permitan sustentar los ejemplos que se han mencionado.

En concreto, se puede adelantar que el control de convencionalidad-constitucionalidad tiene un asidero teórico basado en el pluralismo jurídico como sustento del Estado Constitucional y en la existencia de puentes comunes entre sistemas o normas de fuente distinta.

En efecto, el ejercicio comparativo permite concluir que en determinados ordenamientos –por ejemplo el peruano – la figura de control de convencionalidad tiene un vínculo directo e incluso se identifica con el concepto de control de constitucionalidad, por elementos como el del objeto controlado, los efectos de las sentencias y la forma en que se lleva a cabo el control de convencionalidad.

En concreto, si es el juez constitucional peruano el que utiliza el canon interamericano como parámetro de control, lo dota de contenido y le otorga los efectos de un típico control de constitucionalidad, entonces el dicho estándar es sinónimo de canon constitucional, independientemente de que se use en sentido directo o indirecto.

La afirmación aquí planteada no pretende ser general, sino que solo describe el caso peruano. En efecto, algún sector de la doctrina latinoamericana opina en sentido contrario; Sagüés, por ejemplo, indica que el examen de convencionalidad es distinto al examen de constitucionalidad, ya que se trata de un examen de supraconstitucionalidad.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, párrafos 163-170; *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrafos 215-224; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párrafos 165-172.

<sup>187</sup> SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, N° 8, 2010, p. 124.

De hecho, el control de convencionalidad no siempre podrá identificarse con el control de constitucionalidad en sentido pleno, ya que en determinados ordenamientos esta figura se utiliza siempre que las partes soliciten al juez la inaplicación de una norma que consideran inconstitucional (carácter rogado), mientras que el control de convencionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, debe aplicarse de oficio.

Por su parte Ferrer Mac Gregor, ha señalado que la supremacía constitucional se viene redimensionando –el canon convencional prevalece sobre las constituciones–,<sup>188</sup> pero además de ello plantea que en determinados casos el control de convencionalidad es parte del canon de constitucionalidad.<sup>189</sup>

Asimismo, se puede afirmar que el juez constitucional peruano que lleva a cabo el examen de convencionalidad (constitucionalidad) lo realiza bajo la modalidad indirecta, no tanto en la lógica de control directo, como se desprende del análisis de algunas sentencias del TC (capítulo 3).

Lo mismo sucede en ordenamientos como el colombiano o el argentino en el que esta figura no solo se conceptualiza desde la lógica de las obligaciones internacionales que el Estado debe cumplir, sino que puede calificarse como idéntica al examen de constitucionalidad, independientemente del uso directo o indirecto que se le brinde al canon interamericano.

En efecto, los exámenes de convencionalidad y constitucionalidad aplicados por los jueces nacionales para la protección de los derechos del individuo en los procesos constitucionales de control normativo, así como los efectos que resultan del contraste llevan a afirmar dicha equiparación.

Con el ejercicio de contraste entre **el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH y el control de constitucionalidad**, no se pierde de vista el hecho que la jurisdicción interamericana es subsidiaria, pero también complementaria en el sentido de su eventual activación y de sus aportes a la construcción al estándar de protección de derechos.

Esta comparación, sin embargo, servirá para dilucidar algunas dudas sobre el papel que cumple este tribunal y su identificación, similitudes o contraste con la justicia constitucional. La analogía entre las figuras en mención se sustenta en las especiales características de la Corte IDH como tribunal que protege y garantiza los derechos del

---

<sup>188</sup> Ferrer Mac Gregor. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”. En ZAMUDIO, Fix y Diego, VALADÉS. *Formación y perspectivas del estado en México*, México D.F.: UNAM, 2010, p.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. 172-173.



individuo, así como los efectos de sus fallos, lo que en algunas ocasiones ha llevado a establecer o a afirmar que esta tiene características parecidas a las de un TC.<sup>190</sup>

El hecho que un tribunal internacional como la Corte IDH realice un ejercicio de control normativo con implicancias para los ordenamientos internos genera interrogantes sobre la naturaleza de dicha labor: 1. si encaja en la lógica de jurisdicción complementaria que se le ha atribuido a la Corte IDH, 2. si se trata de un control supra-constitucional, 3. si se invaden funciones exclusivas de la justicia constitucional.

En esta investigación, se asume que el control de convencionalidad por la Corte IDH y el control de constitucionalidad son dos instituciones distintas, pero existen similitudes en el diseño y finalidad de ambos así como en el objeto de su protección.<sup>191</sup>

Sin embargo, esta distinción no limita la posibilidad de realizar un ejercicio comparativo o de contraste, toda vez que, entre ambas ramas del derecho y ambas jurisdicciones, hay elementos comunes que pueden ser estudiados, contrastados y comparados, como se verá en el acápite siguiente.

El ejercicio de función jurisdiccional como límite y medio de control frente al uso arbitrario del poder, la protección y promoción de los derechos humanos son elementos intrínsecamente comunes al SIDH y a los ordenamientos nacionales (en concreto, con el ordenamiento peruano). De hecho la tarea comparativa entre ello no es ajena a la rama a la que se ha hecho mención. Al respecto se ha señalado lo siguiente:

En este sentido, es significativo que uno de los objetos de estudio de derecho comparado que mayor atención despierta en la actualidad sean los sistemas de protección de derechos humanos. Actualmente, el contraste de los niveles de protección de derechos fundamentales en los diversos ordenamientos, y con ello la comparación del

---

<sup>190</sup> HITTERS, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad". Comparación. *Estudios constitucionales*. Santiago, Volumen 7, N° 2, 2009, pp. 109. Consulta: 21 de julio de 2010, <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841005>>

<sup>191</sup> MAHONEY, Paul. "The Comparative Method in judgments of the European Court of Human Rights: reference back to national law". En GANIVET, Guy. *Comparative Law before the Courts*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 135.

reconocimiento, contenido y límites de dichos derechos, es materia de un elevado número de trabajos de investigación<sup>192</sup>.

Dado que llevar a cabo una comparación es legítima por los argumentos antes planteados, cuando se realice el examen de contraste entre la figura de control de convencionalidad a cargo del juez interamericano y el control de constitucionalidad se podrá:

- a) Observar que ambas jurisdicciones realizan un análisis de una disposición de derecho interno o de la interpretación de la misma a la luz de la CADH y otros instrumentos del SIDH.
- b) Observar que ambas jurisdicciones ejercen una función de control destinada a corregir los efectos o posibles conflictos que genera una norma.
- c) Observar los efectos que genera la declaratoria de incompatibilidad a partir de 3 supuestos: c.1) si existe similitud entre los efectos de la declaratoria de incompatibilidad a cargo del juez nacional y el juez interamericano, c.2) distinción entre los efectos de las sentencias nacionales e internacionales, c.3) los conceptos de validez o invalidez en el ordenamiento jurídico nacional y su articulación con la declaratoria de incompatibilidad realizada la Corte IDH.

En líneas generales, el ejercicio comparativo o de contraste contribuirá a fijar y delimitar instituciones y también a entender la dinámica existente entre la jurisdicción constitucional y la interamericana.

## **2.2 Tipos de control de constitucionalidad con los que se establece un ejercicio comparativo**

En este acápite se establecen los tipos de control constitucional con los que la figura de control de convencionalidad pretende establecer una comparación. Al respecto, Hitters indica que el control de convencionalidad puede definirse a partir de la clasificación típica del control de constitucionalidad (control difuso y control concentrado).<sup>193</sup>

<sup>192</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, María. "Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización". *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N° 21, p. 7. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <[http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion\\_M\\_Salvador.pdf](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_M_Salvador.pdf)>

<sup>193</sup> HITTERS, Juan Carlos. Op. Cit. p. 118.

Incluso, podría establecerse una comparación a partir de los tipos de control de constitucionalidad que han ido surgiendo en las últimas décadas, luego de la segunda guerra mundial y la consecuente expansión del modelo de Estado y justicia constitucional.<sup>194</sup> De acuerdo con Fernández Rodríguez, existe una clasificación al respecto: a. control abstracto o concreto; b. control directo o indirecto; c. control principal o en vía incidental; d. control subjetivo u objetivo.<sup>195</sup>

En concreto, un modelo de justicia constitucional puede encajar en más de uno de estos criterios de clasificación, de acuerdo con la configuración estatal. Asimismo, es posible afirmar que algunas modalidades de justicia constitucional conviven en un ordenamiento en sentido dual, sin llegar a articularse. Por ejemplo, existe la posibilidad de que el control difuso y el control concentrado coexistan en un ordenamiento (este es el caso peruano).<sup>196</sup>

No obstante ello, otro sector de la doctrina nacional plantea que clasificar al sistema de control constitucional de las leyes peruano como dual es inadecuado en la medida que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, y sus fallos vinculan a los jueces que llevan a cabo el examen de constitucionalidad bajo la modalidad de control difuso. En ese sentido, el modelo de constitucionalidad del ordenamiento peruano sería más bien unitario.

<sup>194</sup> DE VERGOTTINI, GIUSEPPE. *Las transiciones constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 90-91; MEZETTI, Luca. "Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI". *Estudios Constitucionales*. Santiago, año 7, N° 2, 2009, pp. 283 y ss. Consulta: 01 de diciembre de 2011. < <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf> >; PEGORARO, Lucio. "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 2, 2004, pp. 154-158.

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 74-75.

De acuerdo con este autor, los tipos de control mencionados se definen de la siguiente manera:

Abstracto y concreto.- en el primero de los casos el contraste entre la constitución y la norma se lleva a cabo al margen de un caso concreto; el segundo, tiene como referente un caso específico a partir del cual resuelve la constitucionalidad de la norma.

Directo e indirecto.- el control directo es aquel en el que el objeto principal del proceso es la impugnación de constitucionalidad de la ley; mientras que en el control indirecto la pretensión es distinta.

Principal o incidental.- el control en la vía principal es aquel en el que se realiza exclusivamente el examen de constitucionalidad; el control en la vía incidental se lleva a cabo en el marco de un proceso principal diferente al control constitucional que se pretende como incidente.

Objetivo o subjetivo.- En el control objetivo el interés es general y la legitimación recae en las personas que van a defender tal interés; en el control subjetivo se defiende un interés particular.

<sup>196</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001, p. 20.

Al respecto, Landa establece que el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete, tiene como función básica la determinación de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Legislativo, Ejecutivo y las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia,<sup>197</sup> y sus pronunciamientos en el seno del proceso de control de constitucionalidad concentrado son *erga omnes* –igualmente los procesos de la libertad en su dimensión objetiva generan efectos similares a los generales–. Por ello, descarta la clasificación antes mencionada.

Como quiera que fuere, el juez del Poder Judicial y el TC ejercen control constitucional difuso y concentrado –este último también ejerce control difuso–. No obstante ello, cuando se lleva a cabo un examen de control concentrado, el sentido del fallo emitido por el TC debe ser adoptado por la judicatura ordinaria –no cabe que esta siga llevando a cabo un examen de control difuso si el TC determinó la constitucionalidad de la norma o la norma ya ha sido expulsada del ordenamiento –.

También es posible referirse a los modelos mixtos.<sup>198</sup> Un ejemplo de ello es la llamada cuestión de constitucionalidad, a través de la cual el órgano de control concentrado es el que resuelve una consulta incidental elevada por un juez ordinario que no cuenta con competencias para realizar un examen de constitucionalidad,<sup>199</sup> este procedimiento es al mismo tiempo concreto y abstracto.<sup>200</sup>

En la misma línea, Groppi indica que las tipologías clásicas de control constitucional han sido superadas, luego de los desarrollos de los que han sido objeto en América Latina y en algunos países europeos. En concreto, al igual que Fernández Rodríguez, también se refiere a las modalidades de control concreto-abstracto y directo-indirecto de constitucionalidad.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: PUCP, 2011, p. 13

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> GROPPi, Tania. “Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, tomo III, México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 235.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Idem*, pp. 544-545.

La autora incide en la modalidad directa-indirecta. Al respecto, se refiere a la posibilidad de que el individuo acceda directamente a los mecanismos de control difuso o control concentrado y en el caso de la modalidad indirecta se refiere a la cuestión de constitucionalidad, ya que el individuo la solicita al juez o este de oficio se comunica con el juez constitucional, por lo que no hay un vínculo directo entre este último y las partes del proceso.<sup>202</sup>

No obstante lo mencionado, en esta tesis el enfoque se centrará en los modelos típicos de control constitucional que ya se han mencionado. Un estudio que recoja la amplitud de modalidades de control constitucional permitiría ahondar, en sentido comparado, en la tipología con la que se puede identificar el control de convencionalidad en los distintos ordenamientos y ampliar el marco de contraste entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH.

Para los efectos de la investigación, los modelos clásicos permiten establecer aspectos más genéricos que luego, podrían canalizarse o reconducirse a cualquiera de las tipologías de control constitucional, dependiendo del caso específico.

Para el caso peruano, la modalidad que se utilizará es plenamente aplicable por ser este un modelo de control constitucional dual (también califica como unitario, ya que la última palabra del control y la interpretación constitucional la tiene el TC. A pesar de ello, el juez ordinario también ejerce funciones constitucionales aunque no es el último intérprete sobre la materia). Asimismo, la modalidad elegida es flexible y permite esbozar algunas consideraciones sobre los efectos de los dos tipos de control, que en algún momento podrían llegar a ser análogos (*stare decisis*).

Por otro lado, conviene señalar que este ejercicio de comparación entre las figuras mencionadas es viable, aun cuando el resultado del examen de convencionalidad que involucra la inaplicación o reinterpretación de la norma inconvencional<sup>203</sup> no necesariamente se corresponde con el concepto de control constitucional. El resultado del control de convencionalidad podría referirse a supuestos más amplios vinculados a conflictos normativos de rango legal.

---

<sup>202</sup> Ídem, p.546.

<sup>203</sup> HITTERS, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 109-128.

En concreto, en algunos ordenamientos, los tratados no ostentan el rango máximo de la jerarquía normativa de un ordenamiento, sino el de rango supralegal e incluso legal, terminando por resolverse los conflictos normativos entre una norma internacional y otra con rango de ley, por medio de criterios de aplicabilidad ajenos a los del control de constitucionalidad como son los aplicación preferente o principio de competencia.<sup>204</sup>

Fernández Rodríguez, por ejemplo, indica que el ejercicio de control de las leyes que se basa en los tratados internacionales no puede calificarse, desde el punto de vista de la técnica constitucional, como control de constitucionalidad, ya que por lo general ostentan un rango supralegal.<sup>205</sup>

Sin embargo, esta objeción se puede decantar a través de la figura de bloque de constitucionalidad que en Latinoamérica incorpora normas de rango infraconstitucional como parámetro normativo de control de la constitucionalidad.

Así, aun cuando un tratado posea rango infraconstitucional, puede configurarse como parámetro normativo en la medida que se establezca como parte del concepto del bloque.<sup>206</sup> Independientemente de ello, la práctica de la judicatura puede llevar a afirmar que en términos reales el control de convencionalidad se transmuta en control de constitucionalidad sin necesidad de apelar al concepto mencionado.

En el mismo sentido, ya se afirmó que las modalidades de control constitucional se utilizan para conocer los alcances del control de convencionalidad que realiza la Corte IDH a través de la función contenciosa y la función consultiva.

---

<sup>204</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 55.

<sup>205</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Op. Cit. p. 95.

<sup>206</sup> El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Sin embargo, en el ordenamiento francés, los tratados de derecho internacional no son considerados parte del concepto de bloque de constitucionalidad.

### 2.2.1 Generalidades sobre el control de constitucionalidad

Ya que es posible sostener la existencia de un vínculo entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, para el examen comparativo de ambas figuras se debe partir del principio de jerarquía como presupuesto del ejercicio en mención.<sup>207</sup>

A su vez, este principio se sustenta en la concepción de la constitución como norma suprema de determinado sistema jurídico, con naturaleza vinculante y de eficacia directa.<sup>208</sup>

Es decir, el control que se ejerce se realiza bajo el criterio de pertenencia de las normas objeto de examen al ordenamiento jurídico y a la luz de determinados patrones de relación entre las normas controladas y controladoras que justifican los mecanismos de control normativo que se examinarán.<sup>209</sup>

Asimismo, el uso de la categoría de control de constitucionalidad se justifica debido a su intrínseca vinculación con la protección de los derechos del individuo. Este es un elemento común con la figura de control de convencionalidad, que se lleva a cabo en sede nacional y sede interamericana.

La justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible.<sup>210</sup>

Ahora bien, en el caso del control de convencionalidad que realiza el juez nacional, la identidad con el control de constitucionalidad lleva a asumir que el parámetro de convencionalidad se guía también bajo la lógica del principio de jerarquía.

---

<sup>207</sup> HUERTA OCHOA, Carla. La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XXXVI, N° 108, septiembre-diciembre, 2003, p. 932.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> ROLLA, Giancarlo. "El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo". En VEGA GÓMEZ, Juan y Edgard CORZO SOSA. *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 364.

De hecho, si bien ello no se niega respecto de las normas de inferior jerarquía que la Constitución formal –en determinados ordenamientos–, en relación con los dispositivos que pertenecen a esta última, se desarrolla una teoría basada en las relaciones de horizontalidad o interconexión de normas de diversa fuente y en la argumentación o la teoría de la interpretación.

En concreto, con este argumento se pretende guardar coherencia con el principio de unidad y el concepto de supremacía constitucional. En todo caso la supremacía constitucional se materializa a través del establecimiento de una relación horizontal entre normas de distinta fuente, como son el canon interamericano y el contenido de la constitución formal.

Al igual que el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad en el orden nacional es también una forma de controlar al poder estatal y al mismo tiempo de asegurar la vigencia de los derechos del individuo.

Por otro lado, el contraste entre el control de convencionalidad que realiza el juez interamericano y el control de constitucionalidad, permite afirmar que existen analogías entre ambas figuras, pero que no es posible concluir la identidad entre las mismas. En concreto, el principio de jerarquía no se adecua al principio de complementariedad entre jurisdicciones; además de ello, el control que realiza la Corte IDH se sustenta en el principio de primacía.

Sin embargo, los modelos de control normativo que plantea el derecho constitucional, como el concreto y el abstracto, resultan útiles para la investigación por los motivos que se han explicado en los acápites anteriores.

### **2.2.2 Control difuso**

De origen norteamericano; en este caso el diseño de la figura está orientado a garantizar la supremacía de la Constitución como norma máxima del ordenamiento, y



se configura como una obligación de todos los miembros del Poder Judicial, de los órganos que imparten justicia.

Es decir, en los ordenamientos en que este modelo ha sido consagrado no existe órgano *ad-hoc* alguno encargado de velar exclusivamente por el principio de supremacía, sino que esta facultad se disemina a través de todas las instancias jurisdiccionales.

Se trata de una especie de control normativo para casos en concreto, es decir, la norma que se considera inconstitucional no es expulsada del ordenamiento, solo inaplicada para la situación concreta que evalúa el juez de la causa.

En efecto, el control difuso es una cuestión incidental, ya que se plantea al interior de cualquier tipo de proceso (laboral, civil, penal, constitucional, ejecutivo, etc.), donde se considere que la disposición con rango de ley a aplicarse o su interpretación son incompatibles con el texto constitucional.

En ese sentido, no entran a tallar consideraciones sobre la validez de la norma inconstitucional, la norma sigue vigente o surtiendo efectos en el ordenamiento.

Esta afirmación se puede relativizar, si el juez se adecua a su auto-precedente o al precedente de una corte superior, por lo que en la práctica la norma dejará de aplicarse de manera general.

En muchos de los ordenamientos, un fallo puede generar efectos que van más allá de las partes, debido al doble carácter de los procesos o a la objetivación de los procesos basados en pretensiones de orden subjetivo (en principio), este es el caso de los procesos vinculados a la protección de derechos fundamentales.

En concreto, la doctrina asume que los derechos fundamentales poseen una doble dimensión, subjetiva y objetiva, ya que son el pilar del Estado de Derecho, lo irradian en todos los sentidos.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> TOLE MARTÍNEZ, Juan. Op. Cit. pp. 255-256.

Un ejemplo de objetivación de los procesos constitucionales de la libertad vinculado al tema de estudio es la figura de amparo contra las leyes. A través de este proceso, el individuo cuyos derechos son lesionados por una norma recibe tutela jurisdiccional a fin de hacerlos efectivos, pero al mismo tiempo el proceso en mención se convierte en un medio específico para la protección, interpretación y perfeccionamiento del orden constitucional objetivo.<sup>212</sup>

En ese sentido, puede que el proceso tenga o no efectos generales, eso dependerá del diseño de la figura en el ordenamiento o de que la técnica utilizada por el juez sea más o menos abstracta,<sup>213</sup> pero en general, se puede afirmar que este tipo de proceso no solo protege los derechos subjetivos del individuo, sino que tiene igualmente una función suplementaria; **"un efecto general de educación"** en el ordenamiento estatal.<sup>214</sup>

De otro lado, un ejemplo sobre generalización de efectos de los fallos es la técnica del estado de cosas inconstitucionales, a través de la cual un órgano jurisdiccional de orden constitucional amplía los efectos de las sentencias, a favor de las personas que enfrentan situaciones semejantes.<sup>215</sup>

Al respecto, el TC de Perú ha señalado que esta es una técnica excepcional, que se aplica cuando se constata que las conductas cuestionadas –por ejemplo la interpretación o aplicación inadecuada de una norma–<sup>216</sup> dentro del caso que se resuelve, pueden afectar a personas que no son partes del proceso. Por ello, dicha

---

<sup>212</sup> BERNAL CANO, Natalia. "Los efectos de la acción de tutela más allá de los casos concretos. La protección de los derechos fundamentales en Colombia". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., N° 21, julio-diciembre, 2009, p. 10.

<sup>213</sup> Ídem. p. 16. La autora hace mención a algunos procesos de amparo contra las leyes objetivados, como el caso español, el alemán, el belga, entre otros.

<sup>214</sup> Ídem. p. 10

<sup>215</sup> El origen de la figura a la que se hace mención es colombiano. Al respecto, la Sentencia de Unificación 599 de 1997 estableció que se trataba de un mecanismo empleado para resolver un problema estructural y generalizado; lo que se hace a través del estado de cosas inconstitucional es dotar a las acciones de tutela, un proceso de protección de los derechos que restringe sus efectos a las partes del mismo, de efectos generales. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SU 559/1997, 06 de noviembre de 1997, FJ. 30-31.

<sup>216</sup> No siempre es posible declarar el estado de cosas inconstitucionales cuando se trata de una ley inconstitucional, ya que no todos los ordenamientos admiten la figura del amparo contra las leyes.

figura permite evitar la innecesaria reiteración de demandas sobre un asunto respecto del cual el juzgador constitucional ya se pronunció.<sup>217</sup>

Asimismo, el TC ha diferenciado y contrastado esta figura con el proceso de control constitucional concentrado que existe en el ordenamiento peruano. Al respecto, ha señalado que la técnica del estado de cosas inconstitucional solo puede llevarse a cabo en los procesos constitucionales de la libertad, a fin de dotar a la sentencia de efectos generales o *ultra partes*,<sup>218</sup> mientras que la naturaleza de un fallo emitido en un proceso de inconstitucionalidad, *per se*, tiene efectos generales.

Un ejemplo de una declaratoria del estado de cosas inconstitucional es el caso Arellano Serquén que se encuentra relacionado con la interpretación inconstitucional de una ley. En concreto, se trata de un proceso de habeas data a través del cual la demandante –jueza no ratificada– solicitaba al por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) la entrega de información relativa al proceso de ratificación al que fue sometida.

El CNM denegó el pedido a Arellano amparándose en el artículo 43 de su ley orgánica, el cual prohibía expedir certificaciones o informaciones a particulares y autoridades sobre los datos relativos los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los Magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público.

En concreto, el CNM interpretó que la restricción relativa a la confidencialidad de dicha información, se aplicaba también a los magistrados o ex magistrados titulares de la misma. Al respecto, el TC declaró que dicha restricción debía entenderse en relación con “los particulares o a autoridades” que son individuos distintos del titular de los datos, y que incluir a estos últimos en el concepto “particulares” implicaba efectuar una interpretación extensiva respecto de una restricción, lo cual era inconstitucional.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0006-2008-PI/TC-Aclaración, párrafo 5.

<sup>218</sup> VÁSQUEZ ARMAS, Renato. “La técnica de declaración del “estado de inconstitucional”. Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano”. *Jus et Veritas*. Lima, N° 41, 2010, p. 142.

<sup>219</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 02579-2003-AA/TC, 16 de abril de 2004, FJ. 15.

En ese sentido, se indicó que la demandante tenía derecho a recibir información relativa al proceso de ratificación que concluyó con su separación del sistema judicial, ordenando al CNM que le otorgue copias del proceso de evaluación, de la entrevista, y copia del acta en la que se decidió su no ratificación como magistrada del Poder Judicial.

Asimismo, de esta decisión que en principio solo era aplicable a las partes que intervinieron en el proceso de habeas data, se derivaron efectos generales a través de la adopción de la técnica del estado de cosas inconstitucionales.

Si bien el CNM realizó un acto concreto de violación del derecho constitucional de la recurrente, **éste se sustentó en una interpretación constitucionalmente incorrecta de una disposición legal que forma parte de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que, sin perjuicio de los alcances particulares del acto analizado en el presente caso, a fin de evitar que, fundamentándose en igual criterio interpretativo, puedan violarse derechos constitucionales de otras personas, el Tribunal Constitucional declara que el estado de cosas que originó el hábeas data es incompatible con la Constitución.**<sup>220</sup>

En ese sentido, la interpretación inconstitucional de la ley orgánica del CNM no pudo seguir aplicándose para justificar la negativa de brindar información sobre los procesos de ratificación de magistrados. De hecho en esta sentencia se estableció que el CNM debía adoptar las medidas necesarias y adecuadas a fin de efectivizar la entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial.<sup>221</sup>

Igualmente, a través de las figuras como el *stare decisis* y el precedente vinculante, también es posible otorgar a un fallo con efectos *inter partes*, un alcance generalizado, tal como sucede en el ordenamiento peruano conforme a los artículos VI y VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional (ver capítulos 1 y 3).

---

<sup>220</sup> Ídem, F.J. 22. El subrayado es nuestro.

<sup>221</sup> Ídem, punto resolutivo N° 5

### 2.2.3 Control constitucional in abstracto

La figura de control constitucional en sentido abstracto encuentra su origen en el derecho continental, a partir de las competencias asignadas al TC como órgano jurisdiccional especializado que ejerce el papel de guardián de la Constitución.<sup>222</sup>

La justicia constitucional de control concentrado, en algunos casos, recae en un órgano jurisdiccional distinto al Poder Judicial, ya que se espera que, dado su carácter autónomo, pueda ejercer su labor de control respecto de los poderes del Estado. En otros casos, se le atribuye esa función a un órgano distinto, perteneciente a la rama judicial, es decir su configuración dentro o fuera del Poder Judicial no le resta o le suman independencia.

Hay instituciones que aun cuando ostentan autonomía de funcionamiento, están formalmente ubicados en el Poder Judicial, la Corte Constitucional Colombiana es un ejemplo de ello. Asimismo, otra variante la constituye el caso de las salas constitucionales especializadas dentro de las Cortes Supremas como es el caso de Costa Rica.<sup>223</sup>

Más allá de la ubicación del órgano de justicia constitucional dentro de la estructura estatal, bajo la modalidad de control concentrado, dicho tribunal ostenta competencias exclusivas de control abstracto de leyes para realizar un examen objetivo de los dispositivos infraconstitucionales, independiente de intereses subjetivos.

Asimismo, de manera extraordinaria estos órganos pueden resolver procesos constitucionales de la libertad en los que se puede inaplicar una ley o reinterpretar su

---

<sup>222</sup> El tribunal constitucional más antiguo data de 1920, se crea con la Constitución de Austria. Luego de la segunda guerra mundial, la Constitución alemana de 1949 también creó un tribunal constitucional encargado de ejecutar el control abstracto de las normas del ordenamiento alemán. La Constitución de Weimar había encomendado la función de control abstracto a la Corte Suprema, lo que no había generado mayor impacto para la limitación del poder en Alemania. VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense, 2011, Consulta: 19 de noviembre de 2011. <<http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf>>

<sup>223</sup> BAZÁN, Víctor. "Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Tomo I. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2007, pp. 37-38.

contenido, es decir, también ejercen control difuso o aplican técnicas interpretativas en casos concretos.

En Perú, el Código Procesal Constitucional establece que el TC, por ejemplo, tiene competencia para resolver este tipo de procesos a través del recurso de agravio constitucional, que se interpone siempre que exista una resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente una demanda emitida en el marco de un proceso constitucional de la libertad.

No obstante lo mencionado, en lo que atañe a este apartado, interesa desarrollar algunos elementos de la labor de estos tribunales en procesos concentrados. A través de este tipo de control se evita la afectación sistemática de la Constitución, se depura el sistema jurídico y se impide que se produzcan los efectos jurídicos que las normas inconstitucionales prevén.<sup>224</sup>

El control de constitucionalidad *in abstracto* busca preservar la coherencia del sistema jurídico a fin de lograr su eficacia. Huerta Ochoa lo define como un control a priori –en su manifestación *ex ante* y *ex post*–, de conflictos normativos potenciales, los cuales solo se generan a partir de casos en concreto.<sup>225</sup>

Del mismo modo, el control de constitucionalidad *in abstracto* cumple un rol de defensa del ordenamiento en sí mismo, no tanto en la lógica de prevenir la afectación de derechos de un individuo, sino en la de garantizar el contenido de los dispositivos constitucionales por su condición de valores y principios. En ese sentido, se mencionan dos modalidades de este tipo de control:

### 2.2.3.1 Ex ante

La figura de control previo surge en el ordenamiento francés con la aprobación de la Constitución de 1958 (V República).<sup>226</sup> A través de ella se analiza la constitucionalidad

---

<sup>224</sup> HUERTA OCHOA, Carla. Op. Cit. p. 936.

<sup>225</sup> Ídem p. 937.

<sup>226</sup> En 1926, en la República de Weimar se planteó un Proyecto de ley para el control de la constitucionalidad de las leyes del Reich. En dicho proyecto se establecía un control previo de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos del Reich, que no resultaba de carácter vinculante para el legislador. RUIZ MIGUEL, Carlos. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?". En CORTE INTERAMERICANA DE

de los proyectos de ley o tratados internacionales que aun no forman parte del ordenamiento. Este tipo de control se establece por razones de seguridad jurídica, para prevenir la violación del texto constitucional.

Sobre su naturaleza existen posiciones encontradas; algunos le atribuyen el carácter de función de consulta y otros, carácter jurisdiccional; se suele plantear frente a proyectos de ley o frente a tratados que aun no vinculan al Estado (es decir, de una norma que formará parte del sistema de fuentes del ordenamiento).

En relación con el carácter jurisdiccional del mecanismo de control previo, el argumento de fondo que le sustenta es el hecho que los efectos del pronunciamiento del órgano que ejerce control normativo ex ante, en determinados casos, son vinculantes para quien lo solicita. En efecto, su naturaleza se aparta del control político, puesto que quien ejerce este tipo de proceso es un órgano de naturaleza netamente jurisdiccional.<sup>227</sup>

En efecto, si bien en Francia se consideraba inicialmente que la figura de control previo era de carácter político, luego esa visión ha variado, señalándose que es de tipo jurisdiccional debido a las siguientes razones: que el órgano llamado a ejercer el control no fija al legislador los términos de la ley ni interviene en su contenido; emplea métodos jurídicos en el mismo; y tiene la obligación de fallar en derecho.<sup>228</sup>

Ahora bien, en esa lógica, la investigación discute si este tipo de control tiene carácter jurisdiccional, aunque en la práctica resuelva potenciales conflictos entre el proyecto de ley y la norma constitucional.

En todo caso, si se asume que un proceso de este tipo se configura como una modalidad de consulta porque sus efectos no son vinculantes, es factible que también pueda adquirir carácter jurisdiccional, sin que deje de ser un mecanismo de control preventivo.

---

DERECHOS HUMANOS. *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*. Tomo II. San José: Corte IDH, 1998, p. 1349.

<sup>227</sup> HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 42.

<sup>228</sup> VERDUGO, Sergio. "Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador." *Estudios Constitucionales*. Santiago, año 8, N° 1, 2010, p. 207. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art08.pdf>>

En efecto, hay también ordenamientos que establecen que este tipo de control es vinculante.<sup>229</sup> Al respecto, la constitución española establece un mecanismo de control de constitucionalidad previo que se activa en los casos en que se pretenda celebrar un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución se deberá revisar la constitucionalidad del mismo.

Un elemento relevante es el hecho que en este ordenamiento el control preventivo de tratados es potestativo, aunque de una lectura del artículo 95 pareciera que se establece lo contrario.<sup>230</sup> En ese sentido, el recurso solo se plantea en el caso en el que el contenido del tratado despierte dudas sobre su constitucionalidad. Finalmente, cuando se lleva a cabo el examen de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional de este país emite una declaración de naturaleza vinculante.

A nivel de Latinoamérica también se cuenta con mecanismos de control de constitucionalidad previo sobre tratados y proyectos de ley, algunos ejemplos son los de Colombia o Bolivia.

Al respecto, el artículo 241 de la Constitución de Colombia señala en los numerales 8 y 10 que la Corte Constitucional Colombiana puede ejercer control previo frente a los proyectos de ley y a los tratados que el Estado pretende ratificar.

Los efectos de un pronunciamiento de la Corte Constitucional son vinculantes. De acuerdo con el artículo 35 del Decreto N° 2067 de 1991, cuando se decide que un proyecto de ley sometido a su conocimiento es constitucional, el fallo surtirá efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por los órganos que iniciaron el proceso, lo que obliga al presidente de la República sancionarlo.

---

<sup>229</sup> Un país que tuvo un sistema de control preventivo sobre los estatutos de autonomías y leyes orgánicas, pero lo eliminó, es España; mantiene el control preventivo sobre tratados, pero este es facultativo. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. "El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 8, p. 25.

<sup>230</sup> ROA ORTIZ, Emmanuel. "Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano". En VALADÉS, Diego y Rodrigo Gutierrez (coordinadores). *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*. México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 195.



Igualmente, el artículo 34 del mencionado decreto establece que en el caso que el proyecto de ley fuera parcialmente inconstitucional, lo reenviará a fin de que las autoridades competentes lo adecuen a los términos del dictamen de la Corte; cuando el trámite se haya cumplido la Corte emitirá un fallo definitivo.

Por otro lado, un elemento procedimental relevante es que por lo general este tipo de procesos requiere o se activa por un determinado grupo de sujetos legitimados: por ejemplo, son los órganos o poderes del Estado tales como los representantes del congreso o el poder ejecutivo los que están facultados para impulsar esta figura, especialmente cuando surgen dudas sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y los tratados internacionales.

Sin embargo, también existe la posibilidad de que este control sea activado por cualquier ciudadano, como ocurre en el modelo colombiano de control de constitucionalidad de los tratados (artículo 241, 10 de la Constitución).

### **2.2.3.2 Ex post**

El control abstracto ex post es el que se plantea a partir de un conflicto creado por la vigencia de una norma con rango de ley que colisiona con el texto constitucional de un Estado o que habiendo sido derogada genera efectos en el ordenamiento.

Esta figura es la forma más típica de un control normativo que genera la expulsión de una norma del ordenamiento; por ello a las Cortes o Tribunales Constitucionales se les ha atribuido el título de legisladores negativos.

También se sustenta en el principio de jerarquía y en el hecho que la norma constitucional es directamente aplicable y vinculante para los poderes del Estado. A partir de ello, la inconstitucionalidad se configura en el aspecto formal y material; así, adquiere especial relevancia la constatación de la conformidad material de la norma analizada en relación con el texto constitucional.

Esta figura en muchos de los casos se plantea por determinados sujetos legitimados por el ordenamiento, por lo general algunos poderes del Estado o un número

determinado de ciudadanos<sup>231</sup> y en otros puede ser planteado por cualquier individuo, a manera de *actio popularis*.

En efecto, esta última es una modalidad de control abstracto, como señala Groppi, que reconoce la titularidad a interponer recurso a los particulares, sin necesidad de que expresen un interés subjetivo específico.<sup>232</sup>

En todas las situaciones el proceso se inicia a partir de un examen que no involucra la afectación concreta de un principio o derecho reconocido en la Constitución. En concreto, es un examen que determina la invalidez de una norma, por lo que los efectos de un fallo que declara la inconstitucionalidad son generales en el ordenamiento.

Como regla general, una declaratoria de inconstitucionalidad se identifica con la anulación de una norma, es decir, los efectos del fallo son a futuro; sin embargo, también es posible que a través del mismo se declare la nulidad de la norma, lo que dependerá de cada ordenamiento.<sup>233</sup>

### **2.3 Justificación del ejercicio comparativo del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad**

Se debe reiterar que el ejercicio de contraste que se plantea en esta investigación se sustenta en la interdependencia existente y creciente entre el derecho internacional y el derecho constitucional.

En concreto, se asume que entre el SIDH y el ordenamiento interno de los Estados hay una relación de independencia basada en vínculos de horizontalidad y de diálogo constante, tanto para el caso de las relaciones normativas como para el caso de las relaciones entre órganos como los jurisdiccionales.

---

<sup>231</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento peruano el artículo 203 de la Constitución plantea que la legitimidad para entablar una demanda de inconstitucionalidad la tienen: El Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones y otros.

<sup>232</sup> GROPPi, Tania. Op. Cit. p. 235..

<sup>233</sup> En ordenamientos como el italiano la nulidad de una norma puede declararla cualquier juez, no necesariamente ello es producto de un proceso de constitucionalidad concentrado.

Esto se conoce como tesis de la coordinación y su planteamiento es consecuencia del fenómeno de apertura constitucional ocurrido luego de la segunda guerra mundial. Este generó la transformación de un Estado de Derecho autosuficiente, de espaldas al derecho internacional en un modelo Estado Cooperativo que tiene como característica principal su apertura hacia el exterior, generada por la relativización de la soberanía estatal.<sup>234</sup>

Ello pues ha generado cambios en la manera de entender el sistema de fuentes del derecho interno, ya que en la actualidad el constitucionalismo se entrelaza de manera intrínseca con el concepto de pluralismo jurídico. En efecto, Häberle plantea que el pluralismo jurídico genera necesariamente que el ordenamiento nacional contenga un listado únicamente referencial de las fuentes, no un listado *numerus clausus*.<sup>235</sup>

En ese contexto, se ha revelado la existencia de elementos comunes de protección tanto para el derecho internacional como para el derecho constitucional, así como la de puentes de diálogo entre jueces nacionales e internacionales, a todos ellos se encuentra abierto el modelo de Estado Cooperativo.<sup>236</sup>

En palabras de Ferrajoli, la apertura constitucional también ha generado el planteamiento, al menos teórico, de la exportación del modelo de Estado constitucional y sus garantías hacia el ámbito internacional.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> Un interesante desarrollo sobre el derrotero que ha seguido la soberanía estatal se encuentra en el texto de Luigi Ferrajoli titulado *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. Otros desarrollos sobre el mismo tema lo han realizado: DE CARLOS VÁSQUEZ, María José. “Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales”. *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Madrid. volumen 1, 2003, pp. 1-20; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. *Ius et Praxis*. Talca, volumen 6, N° 2, 2000, pp. 227-279.

<sup>235</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, Op. Cit., p. 126.

<sup>236</sup> El Estado cooperativo es, en palabras de Häberle, aquel que se ocupa de los demás Estados, de las instituciones supranacionales, de los ciudadanos de sus respectivos países y de ciudadanos del mundo, entre otros temas. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, (traducción de Emilio Mikunda-Franco). Madrid: Tecnos, 2002, p. 259.

<sup>237</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op.Cit., p. 157.

### ***2.3.1 Razones para la comparación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a cargo del juez nacional***

El control de convencionalidad que realiza el juez nacional antes que definirse como manifestación del cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional, abre un campo de análisis en relación con el sistema de fuentes y el pluralismo jurídico que sustenta el actual modelo de Estado de Derecho.

En efecto, cuando se trata de discutir sobre la convencionalidad de una norma de derecho interno, el conflicto podría conducirse por el canal de los conflictos de orden legal o por el de los conflictos que involucran a una norma constitucional. Es decir, el control de convencionalidad podría ser el ejercicio de un juez ordinario (como ha sido pensado desde la Corte IDH) o el del juez constitucional.

En esta investigación se quiere incidir en la última de las posibilidades. En efecto, en la tesis se espera demostrar que en ordenamientos como el peruano existe una vinculación directa e incluso identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

La práctica estatal y la relación de horizontalidad entre las fuentes sistema normativo nacional del que se parte, confirmarán ello; no obstante esta afirmación, en este acápite se desarrollará el sustento teórico que permita analizar lo primero desde el punto de vista del pluralismo jurídico.

#### **2.3.1.1 La construcción de un canon de control normativo común**

En principio, el canon de constitucionalidad y el canon de convencionalidad difieren tanto en sus contenidos como en su fuente de origen. En estricto, el primero está conformado por normas de orden constitucional de fuente nacional mientras que el segundo lo constituyen los tratados, jurisprudencia internacional y otros instrumentos vinculantes de fuente externa o internacional.

De hecho, esta afirmación se afianza si se coloca de relieve que los derechos de orden constitucional no necesariamente de identifican de manera plena con los derechos

reconocidos en los tratados internacionales (derechos humanos), aunque como se verá más adelante tienen un contenido mínimo común que legitima el ejercicio comparativo entre la justicia constitucional y la justicia interamericana.

No obstante ello, cuando el control de convencionalidad lo lleva a cabo un juez nacional de determinados ordenamientos, se puede afirmar que se genera una identidad entre el canon de constitucionalidad y el canon de convencionalidad: ya sea en sentido formal o en sentido material.

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

De aquí podría concluirse que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad si es que el rango de un tratado en determinado ordenamiento es constitucional. En concordancia con ello, Von Bogdandy señala que en las democracias liberales, las normas que gozan de mayor legitimidad deben gozar de rango constitucional, como sucede con los tratados de derechos humanos, ya que son afines a los conceptos de Estado de Derecho.<sup>238</sup>

Pero aun si el rango del parámetro de convencionalidad no fuera de orden constitucional (según el propio ordenamiento), la identidad se genera en sentido material, porque en la práctica los jueces constitucionales utilizan al canon interamericano como parámetro de constitucionalidad.

Y es que tanto la norma convencional de derechos humanos como la norma nacional de orden constitucional gozan de la misma legitimidad, más allá del reconocimiento formal que de ello haga el Estado.

---

<sup>238</sup> VON BOGDANDY, Army. "Derecho y justicia constitucional nacional y transnacional". En ESCOBAR GARCÍA, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 416.

Asimismo, la identidad alegada se puede afirmar por la constatación de un puente cultural común entre el derecho constitucional y el derecho internacional que se deriva de la tesis de la coordinación. Podrían surgir algunas dudas sobre la identidad de ambos tipos de examen, si es que se tiene en cuenta que el contenido de los derechos fundamentales y los derechos humanos no es necesariamente el mismo.

Precisamente en dicha falta de uniformidad de contenidos es que encuentran su razón de ser figuras como el margen de apreciación o el principio *pro personae*, ya que permiten a los jueces adoptar posiciones de carácter progresivo en torno a la protección de los derechos del individuo.

Pero esta afirmación no implica que no se pueda establecer que las figuras objeto de análisis son equiparables entre sí. De hecho, si bien el canon de convencionalidad puede tener un contenido distinto al de constitucionalidad en sentido formal, cuando el primero se incorpora al ordenamiento y al razonamiento del juez nacional, dota o complementa de contenido al estándar nacional; ambos patrones se unifican, formando uno solo.

En efecto, el juez interno es también un juez interamericano y tiene libertad de interpretación de los instrumentos del SIDH (siempre que no vulnere los mínimos). Pero si este a la vez es también juez constitucional –como se desprende del análisis comparativo de la jurisprudencia de los países latinoamericanos– que debe resolver un caso de protección de derechos humanos, entonces el contenido del canon interamericano que se utiliza, independientemente de que sea igual o distinto al estándar que se ha impuesto en el SIDH, es también canon de constitucionalidad.

Del mismo modo, la identidad se corroboraría en los efectos que genera el fallo en el que se ejerció el control de convencionalidad, en el juez que lo llevó a cabo y en las modalidades de uso del canon interamericano. Puede que el juez utilice un estándar de contenidos que no coincida con el interamericano, pero no por ello, el ejercicio que se realiza deja de ser control de convencionalidad o deja de identificarse con la figura de control constitucional.

No obstante ello, un autor como Sagüés menciona que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, aunque análogas son dos figuras distintas, ya que mientras el primero pretende salvaguardar al canon interamericano, la segunda salvaguarda la constitución en sentido formal.<sup>239</sup>

Esta afirmación es parcialmente cierta, y aplicable al supuesto en que los órganos que lleven a cabo estos exámenes pertenezcan a sistemas distintos, es decir, siempre que se trate de contrastar la función de la Corte IDH en relación con la del juez nacional.

En relación con el ejercicio de control de convencionalidad que se realiza en el ámbito interno, no debe perderse de vista que las disposiciones e interpretaciones del canon interamericano no dejan de ser normas de doble fuente, ya que a la par de su naturaleza internacional también pertenecen al derecho interno.

Ahora bien, el control de convencionalidad que lleva a cabo el juez nacional, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede ser normativo (conforme al artículo 55 del texto constitucional que establece el principio de aplicación directa de los tratados y al rango constitucional que se le ha atribuido a los tratados de derechos humanos).

Sobre este punto, también debe analizarse la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993,<sup>240</sup> ya que esta se define como una clausula interpretativa que no necesariamente involucra el uso autónomo del canon de convencionalidad en los exámenes de convencionalidad y constitucionalidad.

Esta última posición es la asumida en ordenamientos como el español; de acuerdo con la doctrina española el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 no autoriza el uso autónomo de los tratados y jurisprudencia internacional –la Cuarta Disposición recoge idéntico contenido–.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Op. Cit., p. 128. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>

<sup>240</sup> La Cuarta Disposición Final y Transitoria establece lo siguiente: 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.

<sup>241</sup> Artículo 10.2 (Constitución Española de 1978): Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal

Como se verá en el capítulo 3, en la tesis se ha asumido que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es de uso interpretativo lo que da lugar a un uso indirecto del canon de convencionalidad; no obstante ello, es posible que exista un uso directo que se derive de la práctica jurisprudencial o del artículo 55 de la Constitución.

Ahora bien, el TC peruano ha asumido que el uso normativo de los tratados o de los instrumentos que forman parte del canon interamericano también se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, ya que utiliza de manera indistinta este dispositivo o el artículo 55 de la CADH para fundamentar el uso del canon de convencionalidad en sentido normativo o directo.

Teniendo en cuenta lo mencionado, un elemento que habría que dilucidar es si realmente el TC hace un uso directo del canon interamericano o lo aplica en sentido interpretativo, aun cuando se haya mencionado que el canon de convencionalidad debiera utilizarse en el primero de los sentidos.

Independientemente de los aspectos aquí tratados, el control de convencionalidad que realiza el juez nacional, en específico el constitucional, no solo garantizará el cumplimiento de la CADH como norma de fuente internacional, si no también como fuente del derecho interno. En ese sentido, Mazzuoli establece que el control de convencionalidad tiene un vínculo directo con el control de constitucionalidad, ya que los derechos del individuo tienen rango material y formalmente constitucional.

À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º),<sup>4</sup> é lícito entender que, **para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.**<sup>242</sup>

---

de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>242</sup> MAZZUOLI, Valerio. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*. Santo Angelo, Ano IX, Nº 12, Março 2009, p. 236



De lo señalado por el autor, se desprende que si el tratado tiene estatus de norma constitucional entonces el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad.

No debe perderse de vista que el uso del canon interamericano puede hacerse efectivo en sentido directo e indirecto y que la relación de este con el principio de jerarquía que sustenta el examen de constitucionalidad, se hace visible en la práctica, cuando se puede constatar que se examinan los dispositivos con rango infraconstitucional a la luz del parámetro del SIDH.

### 2.3.1.2 Pluralismo jurídico y apertura constitucional

Se puede afirmar que el control de convencionalidad es sinónimo del control de constitucionalidad si es que dicha figura se analiza a la luz del pluralismo jurídico que modifica la forma clásica de entender el derecho interno.

En el Estado cooperativo o pluralista, la unitariedad, la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico como características del mismo se relativizan,<sup>243</sup> lo que fuerza al Estado a determinar un parámetro de relaciones distinto a los que se plantea tradicionalmente.

Dichas características surgen de una concepción del sistema jurídico basado en una estructura vertical y jerárquica autosuficiente, y con la llegada del pluralismo todo ello adquiere una lógica distinta.

En efecto, el sistema de fuentes se amplía y la relación entre normas de naturaleza u origen distinto adquieren otra forma de conectarse, no tanto en la perspectiva del monismo o dualismo que indefectiblemente establecen la prevalencia de un derecho sobre otro, sino en la lógica de igualdad y de un concepto amplio de constitución.

De hecho, la configuración del pluralismo jurídico como elemento inherente al Estado de derecho se pone de manifiesto de manera explícita o implícita. De manera explícita

---

<sup>243</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. *“Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”*. *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, N° 20, 2007, p. 499. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://espacio.und.es/fez/list.php?community\\_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional](http://espacio.und.es/fez/list.php?community_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional)>

se puede mencionar a las cláusulas de apertura constitucional dentro de los propios textos constitucionales que imponen un deber de interpretar o adecuar la creación y aplicación del derecho con fuentes de naturaleza internacional (Artículo 10.2 de la Constitución de España).

También se manifiesta en la reconfiguración del concepto de la pirámide kelseniana y de las otras características de un ordenamiento jurídico, lo que a su vez influye en la determinación de las reglas de validez de las normas del ordenamiento nacional.

En efecto, la validez material de las normas jurídicas dependerá de su conformidad con las fuentes de derecho internacional. En específico, el parámetro de control de convencionalidad en determinados casos, se constituye como un parámetro de validez, ya que se encuentra en una relación de horizontalidad con las normas constitucionales y de jerarquía con las normas de rango infraconstitucional.

De hecho, la doctrina constitucional de Brasil ha analizado la relación entre la figura de control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, concluyendo que existe una lógica de doble verticalidad en el ordenamiento brasileiro, ya que los tratados de derechos humanos tienen naturaleza constitucional de orden material; en ese sentido, ambos controles se erigen como exámenes basados en la regla de jerarquía.<sup>244</sup>

#### ***2.3.1.2.1 La reconfiguración de la pirámide kelseniana y el control de convencionalidad***

Con el advenimiento del pluralismo constitucional, el criterio de supremacía constitucional unido al principio de unidad se ha relativizado. Este postulado parte de la consideración de que el ordenamiento interno se configura sobre la base de una pirámide normativa.

---

<sup>244</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. Cit. p. 357.

Actualmente, sin embargo, algunos sectores de la doctrina –sobre todo la europea debido al proceso de integración comunitaria– ya se plantea la deconstrucción de la misma y hacen referencia a un constitucionalismo multinivel.<sup>245</sup>

Por ejemplo, Perez Luño plantea que la pirámide kelseniana no es más una figura aplicable y que es necesario adecuarla a otro modelo, el mismo que se asemeja a una bóveda. En efecto, señala lo siguiente:

Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico (*Grundnorm*), hacia el cual se hacían converger todos los procesos normativos, a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos.<sup>246</sup>

En el ámbito latinoamericano esta discusión es aun lejana. Por ejemplo, Hakansson ha señalado que los artículos de las constituciones latinoamericanas sobre las fuentes de derecho externo –léase las de derecho internacional– giran en torno a una idea kelseniana de Constitución, cuestión que en los círculos de derecho constitucional europeo de la Unión Europea ya se ha empezado a discutir.<sup>247</sup>

En efecto, este criterio que permitía manejar las relaciones entre normas nacionales y normas de derecho internacional no resulta el más adecuado para resolver las mismas. En ese sentido, la pirámide kelseniana, como afirma Gomes Canotinho, resulta anticuada para graficar el pluralismo constitucional.<sup>248</sup>

<sup>245</sup> DÍEZ PICAZO, Luis María, "Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe". *Jean Monnet Working Papers*, N° 5, 2004, pp. 1-23. Consulta: 15-04-2010 <[www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org)>; CARTABIA, Martha. "El Tratado Constitucional para la Unión Europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros". En GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, Martha CARTABIA, Bruno DE WHITE y Pablo PÉREZ TREMPs (Coordinadores). *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 280-281; PERNICE, Ingolf. "Multilevel Constitutionalism in the European Union". *European Law Review*. Londres, N° 27, 2002, pp. 511-529.

En relación con la imagen de la estructura piramidal, Núñez señala que la misma no resiste al fenómeno del pluralismo o constitucionalismo multinivel; el cual se ajusta más a una figura como de tela de araña tejida desde varios centros. En el mismo sentido, Mayer indica que "the orthodox 'layer model' has been complemented by a 'marble cake model', where ingredients –meaning component entities– are less easy to distinguish". NÚÑEZ, Manuel. "Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 31, N° 1, 2004, pp. 115-136. Consulta: 13 de abril de 2010. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650456>>

MAYER, Franz. *The European Constitution and the Courts Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, pp. 1-74. Consulta: 13 de abril de 2010, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/030901.html>>

<sup>246</sup> PEREZ LUÑO, Antonio. Op. Cit., p. 510.

<sup>247</sup> HAKANSSON, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*, Lima: Palestra, 2009, p. 241.

<sup>248</sup> PEREZ LUÑO, Antonio. Loc. Cit.

A pesar de ello, en el marco de la investigación se ha optado por seguir manteniendo o reconduciendo el pluralismo a la unidad del ordenamiento. En concreto, esta elección asume que el ordenamiento nacional es el resultado de la conjunción de una pluralidad de sistemas normativos reducidos a la unidad de la Constitución, que determina la aplicación y se configura como fundamento de la validez de las normas infraconstitucionales.<sup>249</sup>

El paradigma desde el que el estudio se realiza asume que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y la conceptualización que de la misma se hace admite ir más allá de lo que se entiende por carta fundamental en sentido formal.

Entonces, la pirámide no reproduce de manera exclusiva a la Constitución formal en la cúspide de la estructura normativa, sino que amplía dicha base para reconocer las normas provenientes de otros sistemas normativos, pero que también forman parte del ordenamiento interno pues guardan doble naturaleza.

De hecho, una manifestación de esta alternativa es la figura de bloque de constitucionalidad utilizada por algunos tribunales nacionales como la Corte Constitucional de Colombia o la práctica judicial sobre la materia (independientemente del rango o de las tesis de incorporación del derecho internacional al derecho interno).

En esa lógica el parámetro de convencionalidad, en determinados ordenamientos, formará parte de la Constitución en sentido material; tal como se verá en el caso peruano.

#### **2.3.1.2.1.1 La relación entre el parámetro convencional y las normas inferiores a la constitución**

Al reconducirse las relaciones del derecho internacional con el derecho constitucional a la cúspide de la pirámide kelseniana, se podrá valorar a las normas de rango inferior pertenecientes al ordenamiento en términos de validez y también en términos de

---

<sup>249</sup> REQUEJO PAGÉS, Juan. *Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. Madrid: McGraw Hill, 1995, p. 109.

aplicabilidad, esto depende del diseño del control constitucional de cada Estado; es decir, en términos de jerarquía.

Y es que aunque se continúe en la lógica de la unidad constitucional, el concepto de supremacía constitucional de los ordenamientos típicamente cerrados adquiere otro contenido. Requejo Pagés señala lo siguiente:

“Hoy día no es posible circunscribir las fuentes del ordenamiento a las formas normativas referidas en la Constitución. Tales formas constituyen ya, tan sólo, las fuentes del sistema propiamente interno, pero el ordenamiento en su conjunto no se agota en ese sistema, sino que, por obra de la integración de sistemas normativos externos, se configura, en último término, como el resultado de la conjunción, en la Constitución, de una pluralidad de sistemas y se nutre, por tanto, de las fuentes propias de cada uno de ellos”.<sup>250</sup>

En ese sentido, las fuentes de orden inferior a las bases del ordenamiento (la protección de derechos humanos) encuentran su legitimación y adecuación en aquellas normas que materialmente sostienen o forman parte de tales fundamentos.

En concreto, no será una sola norma la que determina el contenido (la constitución formal) sino también todas aquellas que directa o indirectamente contribuyen a establecer los alcances del principio que sirve como parámetro de contraste con las normas internas.

Así, en aquellos Estados que son parte del SIDH que en la práctica o de manera formal se definen como Estados Cooperativos, el canon interamericano se define como parámetro controlador en términos del principio de jerarquía.

---

<sup>250</sup> REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Conjunción de sistemas normativos y reordenación del sistema de fuentes”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, N° 90, 1995, p. 114. Consulta: 21 de abril de 2010. <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_090\\_111.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_090_111.pdf)>

### 2.3.1.2.1.2 La relación entre el parámetro convencional y las normas constitucionales

El control de convencionalidad también se lleva a cabo con las normas de rango constitucional, ya que en el derecho internacional no existen diferencias entre los tipos de normas sobre los que los jueces deben ejercer este examen.

Ello lleva a analizar la forma en que se puede visualizar esta relación. Al respecto, este tema podría examinarse desde la perspectiva del rango de los tratados. De esta forma se podría entender la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional en un ámbito en el que la influencia del primero sobre el segundo es cada vez más notoria e interdependiente.

Así, Sagüés plantea que, de acuerdo con la influencia y apertura constitucional, los tratados de derecho internacional –entiéndase de derechos humanos– debieran tener al menos rango suprallegal. Y en el caso que se comenta, este autor reconoce la posibilidad de una supraconstitucionalidad de la CADH derivada de la forma en que se lleva a cabo el control de convencionalidad de las normas constitucionales.<sup>251</sup>

No obstante ello, en la tesis se opta por asumir que el pluralismo jurídico coloca a las normas constitucionales y a las normas convencionales en el mismo nivel y en una relación de horizontalidad.

Si se habla de un concepto de constitución en sentido amplio, puesto que recoge la pluralidad de fuentes que sustenta el propio ordenamiento y reconduce todo a un concepto de unidad también reformulado, admitir que el parámetro de convencionalidad está por encima de la norma constitucional llevaría a una contradicción.

En efecto, si bien es posible plantear que el derecho internacional está por encima de la Constitución (finalmente eso lo decide cada ordenamiento), una teorización generalizada sobre el tema en esta lógica dejaría de lado el hecho que el derecho interno en realidad es autónomo en relación con el derecho internacional.

---

<sup>251</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, p. 128.

Con una opción monista con supremacía del derecho internacional, la condición de la validez del derecho nacional, la impondría el primero, ya que este se considera superior.<sup>252</sup> Este argumento, sin embargo, no tiene en cuenta que ambos se desarrollan conforme a su propia dinámica, lo que sugiere que son independientes uno del otro.<sup>253</sup>

En el monismo, la unidad planteada supone que hay una identidad de origen en todas las normas, ya que todas proceden de de las mismas normas originarias. Cuando el derecho internacional, se define como un orden global único, cuya superioridad se presupone, los ordenamientos nacionales se convierten en órdenes parciales que sólo pueden establecer con validez las normas que el orden internacional superior les permite crear.<sup>254</sup>

Esto es discutible en la medida que un orden estatal es espontáneo y autocreativo, ya que se desarrolla a partir de fuentes propias que no necesitan afirmar su validez en el derecho internacional. Cuando se señala que las autoridades internacionales delegan facultades a las nacionales para la creación de un orden interno, se fuerza la realidad.<sup>255</sup>

Es cierto que hay determinada influencia de las instituciones de derecho internacional en el proceso de creación, modificación de las disposiciones internas e incluso el propio poder de reforma constitucional puede encontrar límites frente a las obligaciones de derecho internacional asumidas.

No obstante lo mencionado, estos límites que se imponen al Estado, son consecuencia de un acto propio, como el hecho de haber asumido obligaciones internacionales. No se trata de un límite material inmodificable o que funciona como cláusula pétrea, antes bien, el Estado podría denunciar un tratado, lo que demuestra que los límites existentes son más bien autoimpuestos.

---

<sup>252</sup> MOYANO BONILLA, César. "El principio de primacía del derecho internacional", p. 88

<sup>253</sup> VIRALLY, MICHEL. "El derecho internacional, de que se trata". En VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 119.

<sup>254</sup> Idem, p. 122.

<sup>255</sup> Idem, p. 123

En esa lógica, es que el derecho interno se crea sin el derecho internacional necesariamente, precisamente porque lo precede en términos históricos y de otra índole.<sup>256</sup>

Por ello es que se ha optado por desarrollar la hipótesis de que entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa no haya una relación de jerarquía, sino que las mismas se rigen por principios de complementariedad, interconexión, convergencia, ello conforme a la tesis de la coordinación entre sistemas.<sup>257</sup>

En efecto, tal como ha explicado Häberle, en el modelo de Estado Cooperativo no existe la lógica de un ‘primado’ del derecho internacional” ni tampoco la del derecho interno. En ese sentido, lo que realmente se genera entre ambos de una relación horizontal que llega al punto en el que parte del derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad.<sup>258</sup>

Sobre la base de ello, en adelante, se podrá analizar si en el ordenamiento peruano las normas constitucionales en sentido amplio se encuentran condicionadas entre todas<sup>259</sup> y que el control de convencionalidad que se realiza en este Estado es manifestación de la flexibilización de la propia pirámide kelseniana, aun cuando pudiera bastar el argumento de la práctica estatal en la materia.

Esta afirmación permite analizar también la relación entre las normas constitucionales y las normas convencionales en términos interpretativos, no tanto en la lógica de invalidación o del principio de jerarquía que subyace al control de constitucionalidad.

Más allá de ello, un argumento de fondo que permite sustentar la alternativa adoptada es el hecho que el parámetro interamericano siempre funciona en una lógica de

---

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007, tercera edición corregida y aumentada, p. 114.

<sup>258</sup> SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. Consulta: 21 de agosto de 2010.

<sup>259</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael. “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos de Europa”. En FERRER MAC GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *Aspectos del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IX, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 756.



mínimos, por lo que el derecho de fuente nacional en realidad puede ir más allá del contenido del canon en mención.

Si el canon interamericano funcionara en una lógica de exigencia de uniformidad, entonces podría afirmarse su supraconstitucionalidad, cuestión que es discutible, al menos en el caso del ordenamiento peruano. Como se verá en el presente capítulo, el canon funciona en términos de conformidad en sentido laxo.

Si se exigiera que los órganos de control constitucional de máximo rango dentro del ordenamiento interno se sometían de forma inexcusable a aplicar el canon interamericano de manera uniforme, la calificación de los mismos como máximos intérpretes de las normas constitucionales se colocaría en entredicho.

Ello significaría que el órgano que ejerce la función de máximo intérprete de la Constitución se encontraría supeditado o subordinado al tribunal internacional, en este caso la Corte IDH.<sup>260</sup>

En efecto, ya sea que el control de convencionalidad se aplique de forma directa o interpretativa, el juez constitucional no tendría libertad de interpretación alguna, pues solo tendría que asimilar lo establecido por el tribunal internacional.

En concreto, la vinculatoriedad del canon interamericano y las posibilidades de interpretación y aplicación que este ofrece se deben leer a la luz del papel que otorgan las Constituciones a los jueces constitucionales.

No obstante todo lo mencionado, en la actualidad hay quienes afirman que se camina hacia el establecimiento de una concepción monista, o que se ha generado un “monismo de facto” en la medida que los Estados dualistas se acercan al modelo monista cuando sus jueces aplican directamente o toman en consideración disposiciones internacionales para sus razonamientos jurídicos<sup>261</sup>, cuestión que se

<sup>260</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro. Op. Cit. pp. 224-225

<sup>261</sup> SCHEININ, Martin. “International Human Rights in National Law”. En RAIJA Hanski y Marku SUKSI (editores). *An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook*. Turku: Åbo Akademi University Institute for Human Rights, pp. 419-420, citado por SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho internacional de los estados*. Lima: Palestra, 2007, p. 49.

acentuaría con la naturaleza directa de las normas internacionales que también recaen sobre los individuos.

### 2.3.1.2.3 La plenitud del ordenamiento jurídico y el diálogo interjudicial

Con el advenimiento del pluralismo normativo se coloca en entredicho el concepto de plenitud, puesto que se produce lo que se llama el “desbordamiento de las fuentes”. En efecto, el centro de creación y determinación de las mismas se ha diversificado, y no es el Estado el único que las establece para sí mismo.

En atención a ello, es común que los tribunales recurran a figuras de derecho internacional o a la jurisprudencia de derecho internacional que les permita armonizar el derecho de los sistemas de protección de derechos humanos.

Como se sabe, esta jurisprudencia es la que configura el estándar mínimo en materia de derechos y libertades; dicho estándar es evolutivo y para adecuarse al mismo, los tribunales nacionales se sirven de la labor interpretativa internacional.<sup>262</sup>

La relativización de la plenitud de un ordenamiento a partir de la apertura constitucional ha sido conceptualizada como el fenómeno de “transjudicialism” o “transjudicial communication”.<sup>263</sup>

De acuerdo a Harold Koh, ello consiste en un conjunto de sub-procesos multidimensionales “interacción, interpretación e internalización” del derecho internacional, que puede involucrar medidas judiciales como la incorporación en el derecho interno de criterios hermenéuticos a partir de la jurisprudencia internacional.<sup>264</sup>

El dialogo entre tribunales varía, de distinta manera en relación con la forma, la función y el grado de interlocución o apertura de cada tribunal. Sin embargo, llama la atención

<sup>262</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, N° 20, 2007, p. 453.

<sup>263</sup> SLAUGHTER, Anne- Marie. “A typology of transjudicial communication”. *University of Richmond Law Review*, 1994, pp. 99-137. La traducción es nuestra. El texto original se refiere a “transjudicial communication” como: “communication among courts--whether national or supranational--across borders. They vary enormously, however, in form, function, and degree of reciprocal engagement”.

<sup>264</sup> Idem p. 639

principalmente aquel que se lleva a cabo entre jueces constitucionales y jueces internacionales.

De hecho, un ordenamiento como el francés<sup>265</sup> que se caracteriza por sus reticencias a la apertura al derecho internacional, también se encuentra inmerso en un proceso de diálogo jurisdiccional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, Gaïa refiere que hay una clara interacción entre la jurisprudencia del TEDH y del Consejo Constitucional francés.<sup>266</sup>

En esta última mención, el control de convencionalidad encaja perfectamente. Si se atiende a la práctica estatal, incluso a la de la Corte Suprema Norteamericana, se observa que la interpretación constitucional que realizan estas cortes está vinculada necesariamente con el derecho internacional.<sup>267</sup>

El control de convencionalidad es manifestación de la existencia de multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la garantía efectiva de los derechos fundamentales.<sup>268</sup> De hecho, en ello reside la noción de complementariedad de las jurisdicciones, en este caso entre la constitucional y la jurisdicción interamericana.

Así, al momento de evaluarse una norma de derecho interno debe tenerse en cuenta los alcances de la jurisprudencia internacional que también desarrolla el contenido de los derechos fundamentales.

---

<sup>265</sup> En la búsqueda de información también se ha encontrado referencias al ordenamiento italiano y su relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los fallos 348 y 349 emitidos por la Corte Constitucional italiana del año 2007 se han abordado algunos temas vinculados a nuestro objeto de estudio, aunque se dejan algunas dudas respecto a la jurisprudencia del TEDH y cómo es que se aplica en el ordenamiento italiano, la relación entre la Corte Constitucional, los jueces ordinarios y el tribunal de Estrasburgo, entre otros temas. De hecho Italia, al igual que Alemania, es de tradición dualista y no le otorga al CEDH grado más allá del legislativo; independientemente del rango del tratado, el uso y la aplicación de la jurisprudencia en sede constitucional es un relevante tema de estudio en el ordenamiento italiano. Para una mayor profundización revisar LAFAILLE, Frank. "Convention Européenne des droits de l'homme et constitution italienne". *Revue de droit public*. Paris, N° 4, 2009, pp. 1137-1154.

<sup>266</sup> GAÏA, Patrick. "Les interactions entre les jurisprudences de la Cour Européenne des droits l'homme et du Conseil Constitutionnel". *Revue Française de Droit Constitutionnelle*. Paris, N° 28, 1996, p. 725.

<sup>267</sup> Para analizar más a fondo el tema se puede revisar lo siguiente: SAGÜÉS, María Sofía. "Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de "Lawrence v. Texas"". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 1, pp. 199-219; NEUMAN, Gerald. "The uses of international law in constitutional interpretation". *American Journal of International Law*, Nueva York, Volumen 98, N° 1, 2004, pp. 82-90; KOH, HAROLD HONGJU, "International Law as part of our Law *American Journal of International Law*, Nueva York, Volumen 98, N° 1, 2004, pp. 45-46.

<sup>268</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. Op. Cit, p. 502.

Esto concuerda con el hecho que la jurisprudencia de la Corte IDH sea considerada como parte del parámetro de convencionalidad. A su vez, el hecho que el control de convencionalidad también sea manifestación de la existencia de puentes dialógicos permite colocar de relieve el papel del juez en la protección de los derechos del individuo.

La relevancia del rol de este último se construye a partir de la idea que la Constitución es una norma que por su grado de indeterminación permite al juez desarrollar capacidad argumentativa en los procesos de aplicación e interpretación de la misma. Dado que el concepto de Constitución involucra a fuentes de orden externo, entonces todas se encuentran vinculadas por la tarea interpretativa para dotar de contenido a los derechos.

En líneas generales, la creación jurisprudencial o la jurisprudencia como fuente de derecho resultan esenciales en el marco de la conducta progresiva y transformadora del derecho en el siglo XXI. Esto obliga al juez nacional y al juez internacional a ejercer el control normativo sobre la base del método comparado, ya que de acuerdo con Häberle, este se ha convertido en una herramienta esencial en el Estado Cooperativo.<sup>269</sup>

En efecto, el juez de neoconstitucionalismo adquiere un papel de especial relevancia en el modelo de Estado Constitucional que se ha mencionado, en ese sentido se le puede llamar “creador del derecho”, y al mismo tiempo guardián de los derechos del individuo frente al poder público.

En ese sentido, de acuerdo con Del Toro, el juez ejerce un rol de control y garantía del principio de dignidad humana como premisa fundamental del Estado constitucional cuya proyección rebasa las fronteras nacionales.<sup>270</sup>

---

<sup>269</sup> HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional Europeo”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., N° 2, enero-junio, 2000, p. 96.

<sup>270</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio. “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005, p. 330.

### **2.3.2 El control de convencionalidad por la Corte IDH y contraste con el control de constitucionalidad**

De manera breve, en este acápite se plantea que la apertura constitucional no solo se refiere al ejercicio de recepción en el ordenamiento interno de las disposiciones de derecho internacional y su armonización con el derecho constitucional. De acuerdo con De Vergottini y Rolla también conlleva la exportación de algunos elementos del mismo hacia el orden internacional.<sup>271</sup>

El control de convencionalidad es, en efecto, una garantía jurisdiccional con matices análogos a los del control normativo constitucional en sede interna. De hecho, es una forma de control normativo que en la técnica se asemeja al control constitucional. Algunos matices de esta figura en sede interamericana se asemejan a los de la Corte IDH, tal como se verá en este apartado.

Por ejemplo, Cristina Binder ha indicado que tribunales como el TEDH, pueden ser considerados verdaderos tribunales constitucionales, ya que examinan o llevan a cabo un control substantivo de las decisiones, acciones u omisiones de las autoridades estatales.<sup>272</sup>

Al mismo tiempo, la autora señala que la técnica del TEDH de hacer referencia extensa a casos anteriores contribuye a un la construcción de un sistema normativo de precedentes, lo que además redundo en la caracterización del juez de dicho tribunal como constitucional.<sup>273</sup> No obstante lo mencionado, en la tesis se asume que el ejercicio de control normativo que realizan los tribunales internacionales si bien se asemeja al control constitucional, ello no significa que sean sinónimos.

En términos generales, este acápite se articula sobre la base del fenómeno de circularidad constante y vigente entre derecho internacional esencial para entender las

---

<sup>271</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Op. Cit. p. 12; ROLLA, Giancarlo. *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*. México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002, pp. 82-93.

<sup>272</sup> BINDER, Cristina. *El TEDH como tribunal constitucional*. Presentation given in the International Seminar "Justicia constitucional y diálogo jurisdiccional. Hacia un *Ius Constitutionale Comune* en América Latina", Heidelberg, 25 November 2011

<sup>273</sup> *Ibid.*

relaciones entre ambas ramas del derecho y la manera en que se articulan para proteger los derechos del individuo.

El internacionalista Virally ayuda a reforzar ello cuando señala que “si bien el derecho internacional es distinto del derecho interno en la medida que funciona en un marco sociológico y político distinto, también procede del segundo en directo”.<sup>274</sup>

De hecho, el establecimiento de un ejercicio comparativo entre ambas jurisdicciones no es un tema nuevo ni ajeno. “Constitucionalismo” no es un concepto vinculado necesariamente al de “Estado”, más aun cuando la alusión al mismo se centra en las garantías jurisdiccionales para los derechos del individuo, característico del modelo de Estado de Derecho constitucional, como elemento de exportación.

Y es que hablar de constitucionalismo a escala internacional no debe entenderse como la proposición del establecimiento de un Estado Mundial; ya que el concepto de constitucionalismo se entiende más bien como sistema de garantías, sobre todo, las jurisdiccionales.

En efecto, las formas de protección de los derechos del individuo se extienden al derecho internacional, con similares características, como es el caso de los mecanismos jurisdiccionales. Al respecto Biaggini, indica que es necesario que los mecanismos de ambos espacios se complementen, a fin de brindar una protección adecuada a los individuos, uno puede resultar insuficiente sin el otro:

“los mecanismos de protección y control constitucional que se aplican a escala constitucional nacional son útiles y necesarios, pero quedan demasiado cortos, en último término, en la época de la globalización. Una estrategia para la protección de los objetivos fundamentales debe incluir también el nivel supraestatal”.<sup>275</sup>

En algunos votos emitidos por los jueces de la Corte IDH se admite de algún modo el término de comparación entre la justicia constitucional y la justicia interamericana. Por

<sup>274</sup> VIRALLY, Michel. Op. Cit. p. 13.

<sup>275</sup> BIAGGINI, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, N° 7, 2003, p. 66.

ejemplo, en trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, el juez Cançado Trindade hizo referencias a la labor “constitucional” que ejerce la Corte IDH.

Salgado Pesantes plantea que la CADH podría asumir el papel de una “Carta Magna” y otros autores se refieren a la existencia de un orden público interamericano.<sup>276</sup> Asimismo, es relevante que este autor plantee que la reflexión sobre el posible papel de juez supraconstitucional que asumiría la Corte IDH en el ámbito interamericano.<sup>277</sup>

No obstante ello, en esta investigación no se pierde de vista el hecho que los principios de subsidiariedad y complementariedad son los elementos que guían la misma. En ese sentido, la línea de trabajo se aparta de lo señalado por Salgado Pesantes, ya que ello implicaría adoptar una posición afín al monismo con primacía del derecho internacional. Sin embargo, la mención a sus aportes sirve para ejemplificar el uso de analogías con el derecho nacional a fin de comprender el derecho internacional.

En efecto, aunque parezca contradictorio, con relación al principio de subsidiariedad, el SIDH también cumple una función complementaria que se visibiliza en el rol preventivo y la garantía colectiva que sustentan el sistema, en el objeto de protección común del derecho interno y el derecho internacional, entre otros puntos de convergencia. Bajo el concepto de complementariedad se quiere colocar de relieve el hecho que el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos son interdependientes, no autónomos.<sup>278</sup>

Al respecto, Saillant, por ejemplo, indica que el Sistema Europeo de Derechos Humanos y los sistemas nacionales se articulan bajo la lógica de cooperación, de sinergia para la protección de los derechos y libertades del individuo.<sup>279</sup> En ese sentido, la mención al principio de complementariedad no se vincula al momento en que la

---

<sup>276</sup> La definición de este concepto no termina de aclararse en los textos que lo desarrollan, quizás se establezca una comparación con el concepto de orden público interamericano o con el concepto de parámetro mínimo de los estándares de protección de derechos humanos en el SIDH. En todo caso, la aparición del mismo también está ligado al papel que cumple la Corte IDH como intérprete último del SIDH.

<sup>277</sup> SALGADO PESANTES, Hernán. “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”. En VON BOGDANDY, Armin; Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América latina?* Tomo II. México: UNAM, 2010, pp. 472-475.

<sup>278</sup> Saillant, Elodie. Op. Cit. p. 1527.

<sup>279</sup> Idem, p. 1510.

jurisdicción de la Corte IDH se activa, ya que la conceptualización que aquí se le da no es procesal.

De acuerdo con lo mencionado, no sería posible catalogar a la Corte IDH como supremo intérprete de un sistema monista con prevalencia del derecho internacional o como un tribunal supraconstitucional.<sup>280</sup>

Saillant también remarca este aspecto indicando que la categoría de justicia constitucional que se le atribuye al TEDH no significa que esta se equipare o identifique con los elementos que definen a la primera. La autora menciona más bien que existen algunas similitudes, sobre todo en las técnicas de interpretación utilizadas por la justicia constitucional. De otro lado, al igual que el resto de la doctrina que ha abordado la materia, indica que un órgano como el TEDH no tiene la facultad para invalidar normas de derecho interno.<sup>281</sup>

En efecto, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el Estado planteó la excepción premilitar de cuarta instancia, alegando que la Corte IDH no podía determinar si el derecho aplicado en sede interna era o no injusto, ya que además la autoridad judicial había aplicado *ex officio* el control de convencionalidad.

Al respecto, la Corte IDH señaló que la naturaleza de su jurisdicción contenciosa – subsidiaria –, impide que esta desempeñe funciones de tribunal de “cuarta instancia” o de apelación.<sup>282</sup>

En función de ello, dicho tribunal distinguió el tipo de control que realiza como tribunal internacional, que es siempre un examen basado en el derecho internacional, es decir, el examen de las normas nacionales o la interpretación de las mismas no involucra un examen de normas nacionales en exclusiva, ya que pertenecen a un sistema distinto.

---

<sup>280</sup> Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párrafo 66; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 47; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, párrafo 64.

<sup>281</sup> Saillant, Elodie. Op. Cit., pp. 1511-1514

<sup>282</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 16.



Así, se ha señalado que dentro de su competencia contenciosa, la Corte IDH tiene la facultad de determinar si se violaron o no obligaciones internacionales del Estado. En ese sentido, se pueden examinar incluso las actuaciones de órganos judiciales, con el objeto de determinar si se constituyen como tales afectaciones.<sup>283</sup>

Igualmente en el caso de la función consultiva, su naturaleza preventiva debe analizarse bajo la lógica de complementariedad del SIDH; en efecto, esta competencia permite que la Corte IDH brinde soporte a los Estados miembros de la OEA y parte de la CADH para el cumplimiento de sus obligaciones. Ella no tiene por objeto declarar la responsabilidad internacional del Estado, en ese sentido también se aparta de la figura de la cuarta instancia, más aún cuando la consulta es facultativa y no requiere del agotamiento de los canales nacionales para acudir a la misma.

No obstante lo mencionado, hay algunas voces que disienten con lo afirmado por la Corte IDH y con lo que se sostiene en esta tesis. Por ejemplo, Thury plantea que el presupuesto de complementariedad y diálogo entre sistemas, que da lugar a los **re-envíos**, el préstamo de jurisprudencia, y la configuración de las relaciones entre sistemas en términos de horizontalidad, no se cumple en el SIDH. Por el contrario, señala que existe una relación de verticalidad, entre la Corte IDH y la justicia nacional o el Estado denunciado, de concentración antes que de una descentralización.<sup>284</sup>

Para este autor el hecho que la Corte IDH revise las interpretaciones que los tribunales nacionales le brindan a las normas nacionales, implica que el tribunal interamericano desconoce la existencia de un diálogo, y que lo que genera realmente es un monólogo.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párrafo 222; *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párrafo 120 y *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párrafo 24.

<sup>284</sup> THURY CORNEJO, Valentín. “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana”. *Jornadas argentino-chileno-peruano-uruguayas de asociaciones de derecho constitucional*. Montevideo, 17 y 18 de junio de 2011, p. 12. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>> También: FERNANDES CARVALHO VEÇOSO, Fabia and Alberto DO AMARAL JÚNIOR. “The Inter-american system as new grossraum? assessing the case law of the inter-american court of human rights”. En EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Conference papers*. N° 3, 2011, pp. 1-22. Consulta: 01 de diciembre de 2011.—< <http://ssrn.com/abstract=1967666> >

<sup>285</sup> *Ibíd.*

Thury parece olvidar que para entender la relación entre los jueces de la Corte IDH y los jueces nacionales, no debe perderse de vista que los contenidos del canon interamericano son siempre estándares mínimos.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta que la Corte IDH únicamente declara la incompatibilidad de una interpretación o una norma, si es que el Estado denunciado no ha elaborado una interpretación o adecuación del derecho interno conforme a los estándares que se desarrollan en el SIDH.

Esta regla se aplica aun en el caso en que dicho tribunal haya señalado que determinadas normas de derecho carecen de efectos jurídicos (por ejemplo el caso Barrios Altos y con relación a las leyes de autoamnistía). En efecto, si bien podría pensarse que la declaración de la Corte IDH genera la nulidad de una norma, no debe perderse de vista, que el ejercicio de control normativo que esta realiza se lleva a cabo sobre la base del principio de primacía, no de jerarquía.

En ese sentido<sup>286</sup>, aunque declare que una norma carece de efectos, corresponde al ordenamiento nacional –a través de la técnica del re- envío – determinar los alcances de la declaración de la Corte IDH, conforme a las categorías y prácticas nacionales. Y es que no debe perderse de vista que el examen que lleva a cabo la justicia interamericana recae sobre una fuente nacional, es decir, de origen distinto a la internacional, por lo que dicho tribunal no tendría legitimidad para expulsar o invalidar una norma nacional de manera directa.

Luego de todo lo mencionado, conviene señalar que el método comparado en sede jurisdiccional interna e internacional permite visibilizar los puntos de encuentro en los que se puede contrastar y construir contenidos de derechos a partir de la confluencia de las jurisdicciones y los contenidos de instituciones de interés y protección de ambos órdenes.

Ya que se admiten las comparaciones como válidas, se puede establecer algunos elementos comunes entre las jurisdicciones constitucionales y la Corte IDH.

---

<sup>286</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 44.

### 2.3.2.1 Semejanzas con la justicia constitucional

#### 2.3.2.1.1 Identidad parcial entre los catálogos de derechos de la Constitución formal y del parámetro convencional

Los derechos del individuo en su conceptualización, naturaleza y protección son un elemento de estudio común en el derecho constitucional y el derecho internacional y de hecho son un punto de confluencia entre las figuras de control de constitucionalidad y convencionalidad. En ambos casos el análisis de normas involucra el uso o aplicación del contenido de los derechos del individuo.

Al respecto, cabe plantear una reflexión sobre los siguientes conceptos: derechos fundamentales y derechos humanos. Sin duda son conceptos relacionados, aunque algunos establecen distinciones entre los mismos u obvian la distinción.<sup>287</sup>

En el constitucionalismo latinoamericano ha existido una tendencia a diferenciar los derechos fundamentales de los derechos humanos (al igual que en la doctrina europea).<sup>288</sup> Los derechos fundamentales de acuerdo a un sector de la doctrina constitucional serían aquellos que han sido reconocidos en un texto constitucional, lo que otorga a los mismos el carácter de fundamental a partir de su positivización en un texto constitucional.

Al mismo tiempo, el término **derecho humano** se utiliza para referirse a aquellos que han sido reconocidos en instrumentos de naturaleza internacional, pero también para hacer referencia a pretensiones de orden moral revestidas de naturaleza jurídica.<sup>289</sup>

Ahora bien, esta diferencia basada en la positivización de un derecho en un texto constitucional y/o el reconocimiento en un texto internacional en realidad deja de lado algunos elementos de análisis relativos a la naturaleza de dichas instituciones (para Peces Barba involucra un reduccionismo positivista).<sup>290</sup>

<sup>287</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "La internacionalización del derecho constitucional". *Estudios Constitucionales*. Santiago, año 5, N° 1, pp. 18-19.

<sup>288</sup> PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General, Madrid: Carlos III de Madrid, 1999, pp. 36 y ss.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> *Ibidem*, pp. 39 y ss.

No obstante la objeción reduccionista, Peces Barba opta por categorizar a los derechos como fundamentales, obviando la diferenciación con los derechos humanos.

Y es que, como el autor indica, el término “derechos fundamentales es más preciso que la expresión de derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone”<sup>291</sup> pues se refiere a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo, que se produce a partir de rasgos derivados de la dignidad humana.<sup>292</sup>

De esta forma, en términos de derecho internacional, también puede hacerse referencia a derechos fundamentales. Esto se refuerza cuando Ferrajoli se refiere a internacionalización de los “**derechos fundamentales**” y señala que este es uno de los grandes logros del constitucionalismo.<sup>293</sup>

Por ejemplo, en el artículo 25 de la CADH se establece que las personas tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus **derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención**, (...).<sup>294</sup>

Igualmente, la Corte IDH ha hecho uso del término derechos fundamentales en diversos fallos, para referirse al catálogo de derechos reconocidos como parte del canon interamericano. Al respecto, en el caso Tristán Donoso vs. Panamá en el que se declaró la violación del derecho a la libertad de expresión de la víctima del caso, la Corte IDH catalogó a este derecho como fundamental, al igual que a los derechos a la honra y a la reputación de las personas que forman parte del contenido de la CADH.

El ejercicio de cada **derecho fundamental** tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger

<sup>291</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p.19 y ss.

<sup>292</sup> Idem, p. 29.

<sup>293</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 44.

<sup>294</sup> El subrayado es propio.

los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención.<sup>295</sup>

Independientemente de la posición que se tome en cuanto al nombre que debe atribuírseles, se puede mencionar que ambas categorías comparten algunos elementos en común:

1. Comparten un núcleo común: la dignidad del individuo

Con relación a los derechos fundamentales, Haberle establece que estos se sustentan en la premisa antropológico-cultural del Estado de derecho como lo es la dignidad del individuo. En concreto, indica que la dignidad humana es el “postulado esencial del que se derivan unos derechos universales, expresión de una tradición histórica y de aspiraciones y expectativas de futuro.”<sup>296</sup>

Dado que el modelo de Estado de derecho es el “cooperativo”, no puede establecerse una clara diferencia entre los derechos fundamentales y humanos, con lo cual unos necesitan de los otros para configurarse y desarrollarse. En efecto, el Estado de Derecho, a través del quinto método comparado, establece un vínculo y una relación entre los derechos fundamentales y los derechos humanos (universales en palabras de Häberle).<sup>297</sup>

Los derechos humanos, desde la filosofía del derecho, también encuentran sustento en este valor-principio. Díez-Picazo considera que no hay diferencia sustancial entre derechos humanos y derechos fundamentales. Este autor señala que aunque la protección de los derechos variará, dependiendo de la norma en que estén reconocidos, ello no supone establecer diferencias entre ellos, ya que se trata de

---

<sup>295</sup> Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párrafo 112. El subrayado es propio.

<sup>296</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos. 2000, pp. 33-34.

<sup>297</sup> HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2001, p. 182.

derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos (para la convivencia humana).<sup>298</sup>

En efecto, la fundamentalidad de un derecho -reconocido en un texto constitucional- no depende de las garantías para su protección, es decir, un derecho se protege porque es importante, pero eso no le otorga la categorización de fundamental. En concreto su naturaleza “fundamental” deriva del vínculo intrínseco (ideológico, histórico, deontológico) del derecho con la dignidad y libertad del individuo.<sup>299</sup>

Igualmente, con relación a los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones internacionales, se hace referencia a la dignidad del individuo como fundamento de los derechos reconocidos en el ámbito internacional. Así por ejemplo, en la DADDH se hacen referencias al término de “dignidad humana”, tanto en el preámbulo como en el artículo 23.<sup>300</sup> A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, artículo 1, 22, 23.3) y la CADH también se refieren a la dignidad del individuo ya sea en sus preámbulos o en los dispositivos que desarrollan los derechos del individuo.

Con relación a la dignidad de la persona humana, por ejemplo, en el ordenamiento peruano se asume que esta es la piedra angular del Estado de Derecho. El artículo 1 del texto constitucional así lo corrobora al señalar que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Igualmente, la justicia constitucional se ha encargado de afirmar que los derechos reconocidos en el texto constitucional, así como los derechos de fuente internacional tienen como sustento de origen a la dignidad humana.

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales

<sup>298</sup> DIEZ-PICAZO, Luis María. “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, N° 2, 2000, pp. 225-226; NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 15.

<sup>299</sup> SOLAZABAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 71. Enero-Marzo 1991, p. 92.

<sup>300</sup> El artículo 23 de la DADDH establece: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.<sup>301</sup>

## 2. Son Límites frente al poder de los Estados

Los derechos fundamentales y humanos se configuran como límites al poder y como elementos de legitimación de los Estados ante la comunidad internacional. En esa línea García Roca afirma lo siguiente: “los derechos humanos, y con más razón los que además gozan del rango constitucional de fundamentales, son uno de los límites más importantes al ejercicio del poder”.<sup>302</sup>

La afirmación del autor surge como cuestionamiento al concepto de soberanía absoluta, ya que en la actualidad, el Estado constitucional debe adecuar su organización y el uso de sus potestades a la libertad y derechos reconocidos en los catálogos internacionales y textos constitucionales.

De hecho, con el advenimiento del modelo de Estado Constitucional Cooperativo, posterior a la segunda guerra mundial, los conceptos de soberanía interna y externa han sufrido una transformación, no se habla más de absolutismo, ya que ello es opuesto a un concepto de Derecho.

En efecto, a partir de la segunda mitad del siglo XX el concepto de soberanía en el ámbito interno es relevado a un segundo plano por el nacimiento del Estado Constitucional que impone a la forma de producción del derecho vínculos formales y

---

<sup>301</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en expediente, N° 2273-2005-PHC/TC, FJ. 6.

<sup>302</sup> GARCÍA ROCA, Javier. La muy discrecional doctrinal del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, p. 118.

sustanciales; en este modelo de Estado de Derecho no existe ningún soberano, salvo que por alguna ficción, la Constitución se erija como tal.<sup>303</sup>

Asimismo, la soberanía en el ámbito internacional deja de ser ilimitada y salvaje –al igual que en el ámbito interno-, para quedar subordinada por dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.<sup>304</sup>

“La soberanía, en el sentido clásico de *potestas legibus soluta*, no tiene ya lugar en el derecho actual. Gracias al constitucionalismo rígido de las democracias avanzadas, no puede hablarse ya de soberanía interna, estando todos los poderes subordinados a la ley, incluso el legislativo. Y en virtud de la Carta de la ONU y de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos, ha venido a menos también la soberanía externa. Estando el *ius ad bellum* sometido a la prohibición de la guerra, que en el mencionado sentido clásico constituía su principal atributo (...)”<sup>305</sup>

En ese sentido, existe una confluencia entre los derechos protegidos en el ámbito constitucional e internacional, que se visibiliza en el rol que cumplen frente al Estado o ante quienes ostentan poder (organizaciones internacionales, etc).

### 3. Son Limitables.

Otro de los argumentos que se esbozan con relación a las características de los derechos fundamentales es su carácter limitable cuando entran en conflicto con otros derechos o con otros bienes jurídicos.

Este es un aspecto que también se plantea como distinto frente al carácter ilimitado de los derechos humanos. No obstante ello, se considera que lo mencionado es rebatible.

<sup>303</sup> Ya con la Revolución Francesa la soberanía dejó de ser absoluta. A partir de dicho momento el ejercicio de soberanía no significa arbitrariedad ya que el Estado se encuentra obligado a respetar los derechos y libertades, y el poder está distribuido en órganos y funciones diferenciadas. Igualmente, la relación soberano-súbdito se transforma en una relación entre dos sujetos con soberanía limitada; en líneas generales, el poder se somete a derecho.

Luego de la segunda guerra mundial, la limitación de la soberanía se acentúa y adquieren protagonismo los derechos en el marco de lo que se denomina Estado Constitucional.

<sup>304</sup> Ferrajoli. Luiggi. Op. cit., p. 314

Antes de este cambio en el concepto de soberanía, el paradigma Hobbesiano del Leviatán generó que el Estado en su concepción antropomórfica entendiera al derecho internacional no como un límite externo sino como una autolimitación, lo que le daba poder de disposición respecto de él mismo.

<sup>305</sup> ALLEGUE, Pilar. “10 preguntas a Luiggi Ferrajoli”. *Boletín de La Facultad De Derecho*, N° 12,1997, <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1997-12-4FD48B11&dsID=PDF>>, consulta: 26-04-2010.



De acuerdo con Peces-Barba, los derechos humanos o fundamentales encuentran sus límites en la protección de otros bienes jurídicos o de otros derechos de la misma naturaleza. Al respecto, el autor menciona que el conflicto se resuelve con el examen de ponderación.<sup>306</sup>

De hecho, si todos los hombres son titulares de derechos, se puede constatar que el ejercicio de los mismos puede poner en peligro o lesionar los derechos de un tercero. En efecto, el artículo 30 de la CADH establece que las restricciones permitidas por ella al goce y ejercicio de los derechos humanos, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general.<sup>307</sup>

Un ejemplo de restricción a este derecho está vinculado con el acceso a la información pública, que es parte del contenido del artículo 13 de la CADH. De hecho, aunque la libertad de expresión ha sido concebida como una libertad preferida, la Corte IDH ha indicado que este no es derecho absoluto y puede ser objeto de restricciones”.<sup>308</sup>

Al respecto, la Corte IDH ha indicado que el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones. No obstante ello, ha indicado que el derecho en mención debe regirse por el principio de máxima divulgación, aunque sujeto a un sistema restringido de excepciones.<sup>309</sup>

En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que las restricciones deben cumplir con determinados requisitos para su legitimidad, estas son:

- a) Una restricción debe estar previamente fijada por ley y debe dictarse “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (...).<sup>310</sup>

<sup>306</sup> PECES BARBA, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dikynson, p. 320. El autor también hace referencia a los límites internos de los derechos fundamentales.

<sup>307</sup> Para la Corte IDH, el término *leyes* empleado en un tratado respecto a este tema comprende: “toda norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes”.

<sup>308</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 13, párrafo 79.

<sup>309</sup> Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo 92.

<sup>310</sup> *Idem*, párrafo 89.

- b) La restricción objetivo permitido por la CADH; el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.<sup>311</sup>
- c) “Las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (...)”.<sup>312</sup>

Igualmente, en el artículo 4 de la propia CADH se reconoce que el derecho a la vida puede tener ciertos límites, y la privación de la misma puede llegar a ser legítima siempre que no se lleve a cabo por medio de un acto arbitrario.

Con relación a los derechos fundamentales, la justicia constitucional en Latinoamérica ha asumido que estos son limitables, y que una restricción a los mismos debe cumplir con determinados requisitos mínimos que eviten la arbitrariedad o la afectación de un derecho. En concreto, el test de proporcionalidad brinda las herramientas para determinar si la limitación a algún derecho ha sido razonable; el uso de esta técnica es recurrente y también se ha trasladado al ámbito internacional.

En el mismo sentido, de acuerdo con la técnica constitucional de la ponderación se puede determinar la prevalencia de un derecho sobre otro en cada caso concreto, pues estos ostentan naturaleza de principios.

En la justicia constitucional peruana los derechos protegidos por el canon de convencionalidad y constitucionalidad admiten limitaciones, y la constitucionalidad de estas se pone a prueba a través de los test antes mencionados.<sup>313</sup>

Incluso se ha diseñado un test de igualdad que permite determinar si se ha afectado o no este principio constitucional, y en todo caso si determinada acción que involucra un

---

<sup>311</sup> Ídem, párrafo 90.

<sup>312</sup> Ídem, párrafo 91.

<sup>313</sup> Ver por ejemplo: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 00733-2010-PHC/TC, 20 de julio de 2010; expediente N° 00535-2009-PA/TC, 03 de agosto de 2009, entre otras.

trato diferenciado es admisible o no dentro de los estándares de protección de los derechos en el ordenamiento peruano.<sup>314</sup>

#### 4. Universalidad

La universalidad de los derechos individuales es otra de las características de los derechos fundamentales o humanos. Al respecto, podrían surgir dudas relativas a los derechos políticos de los extranjeros, si bien los tratados de derechos humanos reconocen el derecho al sufragio y a participar en la vida política de un país para todos los individuos, los textos constitucionales suelen reservar este derecho a sus nacionales. De primera impresión se configuraría una diferencia, ya que en el segundo de los casos no podría hablarse de universalidad.

Al respecto, Peces Barba plantea una crítica a esta concepción, indicando que la universalidad no se genera por el reconocimiento positivo de un derecho a todos los individuos. Por el contrario, la universalidad tiene un origen moral y vinculado directamente al concepto de dignidad.<sup>315</sup>

No parece razonable, ni se encuentra justificado que se construya un fundamento de derechos que no arranque una visión cosmopolita y que excluya a los extranjeros, como si su dignidad se limitase al entrar en el ámbito de la organización del poder político. Cuanto menos central sea en la cultura política el concepto de soberanía se difuminará progresivamente la distinción entre nacionales y extranjeros.<sup>316</sup>

En ese sentido, el autor considera que desde la perspectiva del universalismo no es admisible justificar la distinción entre nacionales y extranjeros. Tomando la definición del autor sobre universalidad de llegada (aplicable a los DESC) podría decirse que en el caso en mención también se debiera caminar hacia la plenitud del ejercicio de los derechos políticos de los extranjeros, a la vez que la distinción entre ciudadanos y extranjeros se difumina.<sup>317</sup>

<sup>314</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expedientes N° N.º 00025-2005-PI/TC y N.º 00026-2005-PI/TC, 14 de agosto de 2006, FJ. 65-98.

<sup>315</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Op. Cit. p. 213

<sup>316</sup> *Ibid*

<sup>317</sup> *Ídem*, p. 208. La universalidad de llegada distingue entre el ser y el deber ser. Con relación al “ser”, se indica que la realidad de la desigualdad puede plantear una contradicción con la moralidad básica que plantea que todos los seres humanos son libres e iguales en sus derechos. Así, conforme al concepto de universalidad de llegada las situaciones que afectan a los grupos en desventaja, deben erradicarse a

## 5. Interdependencia e indivisibilidad

Los derechos humanos o fundamentales son interdependientes e indivisibles. Al respecto, estas características suelen plantearse frente a los argumentos que distinguen entre derechos civiles y derechos sociales.

Usualmente, en el derecho interno, el término de derechos fundamentales se ha utilizado para diferenciarlo de los derechos económicos y sociales,<sup>318</sup> no obstante ello, esa categorización o diferenciación es ya obsoleta y ha sido superada en el derecho interno.

En ese sentido, hay también un elemento común entre los derechos humanos y fundamentales, en la medida en que en las filas de los primeros siempre se ha considerado a los DESC. Y es que no existe razón para distinguir entre DESC y derechos civiles, pues en su configuración ambos imponen deberes de abstención pero también obligaciones de hacer a los Estado obligados.<sup>319</sup>

De acuerdo con Abramovich, existe una unidad entre ambos tipos de derechos que no pueden dejarse de lado, la cual se visibiliza en el hecho que ambos tipos de derechos involucran obligaciones de respetar, promover y proteger los derechos en cuestión.<sup>320</sup>

Al respecto, la reflexión mencionada se lleva a cabo en el ámbito internacional y también en el ámbito del derecho constitucional, lo que permite afirmar que se trata de una discusión que involucra ambas categorías de derechos.

La postura del TC peruano también se orienta en ese sentido. Para este colegiado los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales y económicos comparten un núcleo común que es la dignidad humana.

---

través de acciones positivas, con la finalidad de restablecer o acercarse a la equiparación de los derechos de todos los individuos.

Al respecto, es importante mencionar el concepto de ciudadanía europea o ciudadanía europea. La constitución ecuatoriana de 2009 también incorpora el concepto de ciudadanía universal, eliminando así la categoría "extranjero".

<sup>318</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Op. Cit., p. 36

<sup>319</sup> LANDA ARROYO, César. Constitución y Fuentes del Derecho. Op. Cit., p. 40

<sup>320</sup> ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002. p. 29

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.<sup>321</sup>

Por su parte, la propia Corte IDH ha hecho referencia a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. De hecho, en el caso Acevedo Buendía este tribunal expresó que entre los DESC y los derechos civiles existe interdependencia; en ese sentido, ambas categorías “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.<sup>322</sup>

Ahora bien, luego de todo lo afirmado puede plantearse que existe una base común entre ambas categorías de derechos, e incluso se puede afirmar que la distinción entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales es irrelevante. No obstante ello, no debe perderse de vista que estos gozan de una identidad imperfecta.<sup>323</sup>

Es decir, no hay necesariamente una relación de uniformidad entre el contenido de los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos (CADH) y el contenido de los derechos del ámbito interno, ya que el derecho internacional siempre es un derecho mínimo.

De ahí que se establezca la validez de institutos como el margen de apreciación o del principio *pro personae* en el SIDH, que a su vez promueven el uso y aplicación del método evolutivo en la interpretación del contenido de los derechos.

---

<sup>321</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2945-2003-AA/TC, 12 de julio de 2004, FJ. 19.

<sup>322</sup> Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párrafo 101.

<sup>323</sup> SAILLANT, ELODIE. “Conseil Constitutionnel, Court Européenne des Droits de l’Homme et protection des droits et libertés: sur laprétendue rivalité de systèmes complémentaires”. *Revue du droit public*. Paris, volumen 120, N° 6, noviembre-diciembre, 2004, pp. 1485-1546.

Y es que los sistemas de protección de derechos humanos asumen la diversidad de los Estados que lo conforman; de hecho, el pluralismo es una de las bases sobre las que se asientan los mismos.<sup>324</sup>

En líneas generales, el control de convencionalidad al igual que el control de constitucionalidad se orienta a proteger principios comunes que se encuentran en el sustento y finalidad última del “Derecho”.

Y es que se puede afirmar que existe una transmisión y retransmisión mutua entre ambos órdenes, de valores y principios que se encuentran juridificados y tienen un punto común de engarce en relación con el modelo Estado de Derecho que encierra a los dos primeros.<sup>325</sup>

Por medio del término se pretende señalar que aunque el contenido de los derechos fundamentales y los derechos humanos tiene una base común, este no siempre es idéntico y varía, ya que uno de estos puede ostentar un contenido más progresivo en comparación con el otro y además los derechos en el DIDH siempre funcionan en la lógica de mínimos.<sup>326</sup>

En relación con la diferencia relativa al contenido de los derechos fundamentales y los derechos humanos, conviene indicar que en el momento en que el estándar de derechos reconocidos en el ámbito internacional se incorpora al derecho interno, este se hace parte del canon constitucional, con lo cual se identifica con el concepto de constitución.<sup>327</sup>

Incluso si el estándar de canon interamericano que se utiliza en el ámbito nacional es más progresivo que el del SIDH –lo que lleva a concluir que no necesariamente habrá

---

<sup>324</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, p. 437.

<sup>325</sup> BROWNLIE, IAN. *Principles of public international law*. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Press, 1990, pp. 564-565.

<sup>326</sup>  
<sup>327</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Op. Cit., p. 225. La autora indica que al momento de incorporar el canon europeo a través de la jurisprudencia de la justicia constitucional, “lo hace suyo”.

una uniformidad de contenidos entre los cánones del SIDH y los del juez nacional–, este también califica como parámetro de constitucionalidad.

### **2.3.2.1.2 La garantía jurisdiccional transnacional de los derechos humanos**

El control de convencionalidad al igual que el control de constitucionalidad es una manifestación del concepto de garantismo.<sup>328</sup> En ese contexto, una de sus manifestaciones más relevantes es la labor del juez como garante de los derechos del individuo en sede nacional y en sede internacional.

En el estado actual del Estado de derecho, son los jueces los que asumen un rol de primera importancia en la protección de los derechos del individuo. Así, en el constitucionalismo, el juez asume un papel de suma importancia en la medida que deja de ser boca de la ley o mero aplicador del derecho; y la tarea interpretativa inherente a su función se visibiliza en mayor medida, puesto que se le reconoce como un órgano heterónimo de producción jurídica.<sup>329</sup>

En el caso del juez interamericano, este también se desenvuelve como creador de derecho o intérprete de los instrumentos del SIDH; su labor se traduce en una tarea de control previo y posterior respecto de las normas de derecho interno.

En efecto, ambos jueces ejercen un control preventivo, pero también reparador de situaciones violatorias de los derechos del individuo y por otra parte, ambas jurisdicciones cumplen un papel complementario que suma en el fortalecimiento y eficacia de los derechos reconocidos en las cartas constitucionales y tratados internacionales que se han incorporado al ordenamiento de los estados.

---

<sup>328</sup> El concepto de garantismo puede plantearse en los siguientes términos: como alternativa al Estado de derecho paleopositivista; como superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas y como la percepción del derecho como garantía de limitación al poder. Ver las diversas obras de Luigi Ferrajoli, también el siguiente artículo: MORENO CRUZ, Rodolfo. “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XL, N° 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852.

<sup>329</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Constitucionalismo y positivismo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 18, N° 54, setiembre-diciembre, 1998, pp. 367-381.

Ahora bien, hay quienes utilizan el término “proceso constitucional transnacional”<sup>330</sup> para graficar a la figura de control de convencionalidad como una manifestación de la primera, pero también para señalar que la protección de derechos también se establece en el ámbito del SIDH, con características similares a la de la justicia constitucional, lo cual se sustenta en:

- El concepto de control como elemento común a ambas jurisdicciones
- El papel de máximo intérprete del juez constitucional y el juez interamericano
- La labor interpretativa que llevan a cabo ambos tipos de jueces

#### 2.3.2.1.2.1 El concepto de control como elemento común a ambas jurisdicciones

Un aspecto relevante para discutir sobre las similitudes entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad es el concepto de control<sup>331</sup> jurisdiccional como elemento común a ambos sistemas.

En ese sentido, se parte del presupuesto de que tal figura trasciende las fronteras de lo estatal: la labor de los órganos del estado no solo se equilibra a través de la separación y control entre poderes (el poder judicial o la justicia constitucional como medios de control jurídico), sino también desde el derecho internacional, desde la comunidad internacional.

Ya Manuel Aragón ha esbozado que el Estado de Derecho tiene en su génesis el concepto de control y que luego de la segunda guerra mundial, el sistema de restricciones efectivas al poder ha sido potenciado. En ese sentido, señala que no es posible pensar en un Estado de derecho y la correlativa eficacia de sus principios - derechos fundamentales/humanos- si es que no se cuenta con mecanismos de distinto

---

<sup>330</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor. “La justicia constitucional en América Latina”. En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Lecturas Constitucionales. Andinas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, N° 1, pp. 451-467. Consulta: 19 de noviembre de 2011. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf>>

<sup>331</sup> De acuerdo con Aragón Reyes el control es el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones al poder. ARAGÓN REYES, Manuel. “Interpretación de la Constitución y carácter objetivado del control jurisdiccional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 6, N° 17, mayo-agosto, 1986, p. 87.



orden, entre los que resaltan los jurisdiccionales a nivel interno e internacional, que limiten el ejercicio de poder.<sup>332</sup>

Así, se puede afirmar que el derecho internacional (tratados, costumbres, jurisprudencia y principios) actúa como límite del poder estatal y los órganos jurisdiccionales, en este caso, la Corte IDH se configura como mecanismo para velar por el mantenimiento de dichas restricciones impuestas a los Estados.

Aun cuando la doctrina más tradicional indique que el derecho internacional carece de mecanismos de coercibilidad o coerción para el cumplimiento de las obligaciones y sentencias internacionales, el concepto “control”, es aplicable a los distintos mecanismos que se han creado en la esfera internacional; en concreto a los jurisdiccionales que son objeto de estudio de esta tesis; en específico: la Corte IDH.

No obstante ello, Ruiz Miguel plantea que debido a la naturaleza declarativa de los fallos del TEDH, el examen de convencionalidad que realiza, difícilmente puede calificarse con el rótulo de “control”. En su publicación asume que dicha figura involucra al menos: 1. el juicio sobre la norma o acto controlado hacia una norma; 2. una medida de tipo obstativo respecto del objeto controlado (sanción: anulación directa de una ley, por ejemplo).<sup>333</sup>

El autor siguiendo a Galeotti asume que este último elemento es esencial para definir a un mecanismo como representativo de la figura de control.<sup>334</sup> Dado que la anulación de una norma no la define la sentencia que emite el tribunal internacional, entonces Ruiz Miguel considera que esta no puede definirse como un mecanismo de control normativo.

Sobre el punto Huerta Ochoa se distancia de esta posición, señalando que el concepto de control no se articula a partir de la noción de sanción. En efecto, indica que el control tiene por objeto únicamente la estricta observancia de la limitación que imponen

---

<sup>332</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México: UNAM, 2002, p. 103.

<sup>333</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 41.

<sup>334</sup> *Ibid.*

las normas constitucionales o los tratados de derechos humanos; mientras que la sanción se orienta a corregir el abuso cometido.<sup>335</sup>

En ese sentido, la sanción, si bien es un elemento importante para la eficacia del control, es de orden secundario. Así, se reitera que se debe erradicar la idea de que el control se reduce a la sanción y por ende asumir que dicha figura involucra o se refiere principalmente a la existencia de límites y procedimientos que verifican el cumplimiento de los primeros.<sup>336</sup>

Tal como lo establece la propia CADH en los artículos 63.1 y 68.1 los fallos de las sentencias que emite la Corte IDH son vinculantes,<sup>337</sup> en ese sentido su naturaleza no es distinta a los mecanismos jurisdiccionales de orden interno más allá de que tenga o no un efecto directo sobre las leyes declaradas inconvencionales.

En el mismo sentido, Bonet señala por ejemplo que el hecho que los fallos del TEDH no sean auto-ejecutivos, y que el cumplimiento de los mismos dependa de los Estados no quita que estos sean obligatorios.<sup>338</sup> Del mismo modo, Salado Osuna señala que el hecho que las sentencias internacionales posean efectos, por lo general, declarativos no significa que los Estados no deban cumplir o adecuarse a lo establecido por los tribunales de esta índole<sup>339</sup>.

Además de ello, el fallo de la Corte IDH impone al Estado responsable cumplir con el deber de adecuar el derecho interno. Es decir, si bien ello debe canalizarse a través de los medios internos que decida el Estado responsable, se establece un deber de reparar la situación no solo al caso en concreto, sino también a futuro.

Entonces no solo se declara la violación de los derechos reconocidos en la CADH y del resto de tratados del ámbito interamericano sobre los que la Corte IDH ejerce

---

<sup>335</sup> HUERTA OCHOA, Carla. Mecanismos constitucionales para el control del poder político, p. 38.

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> Luego se discutirá si la "consulta" tiene naturaleza jurisdiccional. En la tesis se sostiene que se ha abierto un camino que va en ese sentido.

<sup>338</sup> BONET PÉREZ, J. "El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el asunto Barberà, Messegué y Jabardo (caso Bultó)". *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 1, 1993, pp. 59-90.

<sup>339</sup> SALADO OSUNA, Ana. *Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal De Estrasburgo*. Consulta: 01 de diciembre de 2011. < <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/AnaSalado.pdf> >

competencia contenciosa, sino que también se impone una consecuencia, que se traduce deber de reparar.

El fallo de la Corte IDH establece un mandato de adoptar criterios orientados a: 1.- corregir el abuso, por ejemplo impidiendo que una norma siga surtiendo efectos en la esfera de derechos de una persona; 2.- satisfacer a la víctima a través de distintas medidas como la indemnización, entre otros y 3.- prevenir el abuso, por ejemplo para el caso de los condenados a pena muerte, se ordena inaplicar la ley al caso concreto.

De esta forma, el concepto de control jurisdiccional es aplicable al control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH en la vía contenciosa, en la misma medida que al control de constitucionalidad que se realiza en el ordenamiento examinado. Y es que en ambos casos el juez constitucional y el juez interamericano realizan un contraste de normas y declara la incompatibilidad de la misma con el objeto controlante, siendo los dos fallos vinculantes.

En ambos casos también se generan consecuencias: el juez constitucional emite un fallo que inaplica o declara la invalidez de la norma con efectos inmediatos respecto del ordenamiento jurídico mientras el juez interamericano si bien emite un fallo que es ejecutable de acuerdo a las reglas del propio Estado, impone al menos, la inaplicación de la norma declarada inconvencional en el caso presente y en los futuros.<sup>340</sup>

Asimismo, la figura de función consultiva de la Corte IDH también califica como una categoría de control, independientemente de que sea o no vinculante. En efecto, a través de esta función se puede conocer y evaluar el derrotero del Estado que solicita una Opinión Consultiva, es decir, si cumple o no con las obligaciones que le impone la CADH y el resto de instrumentos del SIDH; por ello, su naturaleza encaja con el elemento principal de la noción de control que plantea Huerta Ochoa, es decir, la observancia de los límites que le imponen al Estado.

Igualmente, si se adopta la posición relativa a la vinculatoriedad de la Opinión Consultiva, lo que implica que el Estado adopte los criterios que la Corte IDH ha

---

<sup>340</sup> En el acápite respectivo se discutirán los efectos de las sentencias respecto de las leyes de autoamnistía.

señalado en el dictamen emitido, la consulta interamericana también encaja como una modalidad de control normativo.

Ello quiere decir, que sumado al concepto de control que se ha adoptado aquí (en términos formales) existe una constatación práctica de los efectos de una Opinión Consultiva y de los fallos contenciosos de la Corte IDH.

La noción de control que aquí se maneja no significa que no se haya tomado en cuenta las deficiencias que el SIDH presenta en el seguimiento y cumplimiento de los fallos emitidos por la Corte IDH.

De hecho, existen algunos obstáculos para la ejecución de este tipo de decisiones,<sup>341</sup> pero este es un tema distinto y está vinculado al concepto de garantía -mediante el cual se pretende asegurar el cumplimiento de obligaciones, normas o principios-. En ese sentido, se vienen llevando a cabo algunos esfuerzos para promover el cumplimiento de las sentencias en el derecho interno de los Estados.<sup>342</sup> En efecto, existen algunos proyectos de ley y algunas leyes aprobadas en los Estados parte que contribuyen al cumplimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH.

En ese sentido, tanto el control de convencionalidad en sus dos manifestaciones como el control de constitucionalidad encajan en el concepto de control planteado.

---

<sup>341</sup> De acuerdo con CEJIL, es común el rechazo al pago de las indemnizaciones ordenadas por la Corte basado en la incompetencia del tribunal local al cual se le solicita la ejecución de la decisión, o por la carencia de procedimientos que guíen a la autoridad judicial a proceder con el pago. CEJIL. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2009.

<sup>342</sup> Con relación a la ejecución de sentencias, Sergio García Ramírez planteó lo siguiente: “Es absolutamente necesaria la recepción a través de las normas internas de cumplimiento (que se podría denominar legal instrumental), que constituyen el puente para que las resoluciones internacionales transiten con naturalidad y sin tardanza ni tropiezo hacia la aplicación interna, que implica medidas ejecutivas inmediatas y adecuadamente facilitadas. No digo que esa normativa sea condición para la validez de las disposiciones internacionales; sólo recuerdo que es medio natural para su eficacia”. Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168. Voto del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 11.

### 2.3.2.1.2.2 El papel de máximo intérprete del juez constitucional y el juez interamericano

El concepto de control de constitucionalidad se encuentra intrínsecamente vinculado con el papel del juez en el Estado de Derecho. Su rol es fundamental para la garantizaci3n de todo aquello que reconoce la Constituci3n, en tanto es la norma jur3dica m3xima de un ordenamiento con efectos vinculantes para todos los poderes del Estado e individuos.

En ese sentido, los diversos modelos de control jurisdiccional de la Constituci3n – protagonista del modelo de Estado de Derecho de posguerra– aseguran la supremac3a de la misma, por eso su relevancia y la necesidad de su estudio. Hoy no se concibe un Estado Constitucional sin instituciones que limiten el poder o aseguren la garant3a sustancial.

En ese contexto, el juez constitucional adquiere el r3tulo de m3ximo int3rprete, sobre todo en los modelos en los que un juez o tribunal ejercen de manera exclusiva esta prerrogativa, o en aquellos en que se viene ejerciendo este papel de facto, a partir de un cambio o evoluci3n en los sistemas de control constitucional.

En efecto, los jueces constitucionales son quienes desentrañan y otorgan sentido a los textos constitucionales, fijan los est3ndares de protecci3n de los principios y derechos reconocidos como fundamento del Estado.

Al respecto, en Latinoam3rica, en los sistemas de control concentrado, son los tribunales constitucionales –3rganos aut3nomos– u otros pertenecientes a la propia estructura del Poder Judicial los que tienen entre sus competencias la funci3n de ejercer control de constitucionalidad en su condici3n de int3rpretes 3ltimos del texto fundamental.

Un ejemplo del control concentrado en manos de un 3rgano perteneciente al Poder Judicial es el de M3xico. De acuerdo con la Constituci3n Mexicana, la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n tiene entre sus competencias la resoluci3n de acciones de

inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción *in abstracto* entre una norma de carácter general y la Constitución<sup>343</sup>.

De otro lado, en los ordenamientos donde solo se aplica el control difuso, es posible que la máxima instancia jurisdiccional de la justicia ordinaria ejerza este rol. Por ejemplo, en el ordenamiento argentino –modelo difuso–, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce el rol de máximo intérprete de la constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución de 1994.<sup>344</sup>

Asimismo, si bien se trata de un ordenamiento en el que los fallos generan efectos únicamente *inter partes*, incluidos los que emite la Corte Suprema, no se debe dejar de lado que ciertas decisiones jurisprudenciales permiten afirmar que se avanza hacia una mayor amplitud (en efectos y legitimación) de la jurisdicción constitucional argentina.

Al respecto, Szarangowicz y Toledo señalan que los fallos de la CSJN tienen un importantísimo valor jurídico institucional como precedente. En ese sentido, se genera un progresivo avance hacia una mayor amplitud (en efectos y legitimación) de la jurisdicción constitucional de este país<sup>345</sup>.

En los ordenamientos en los que el modelos de control constitucional es de naturaleza dual, como el caso peruano, tanto el juez ordinario como el TC ejercen control constitucional, aunque es este último el que ostenta el papel de supremo intérprete de la Constitución, conforme a la interpretación que se ha realizado de la Constitución y el artículo 1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional (otra categorización del modelo constitucional peruano es el término unitario, ya que el TC asume el rol de último intérprete de la Constitución, con lo cual vincula al resto de poderes del Estado). En

---

<sup>343</sup> Artículo 105 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>344</sup> De acuerdo con el artículo 117 de la Constitución argentina, “la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

<sup>345</sup> SZARANGOWICZ, Gustavo y Sebastián TOLEDO. “Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Volumen III. México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 623-626.

efecto, en constante jurisprudencia el propio TC ha afirmado que es supremo intérprete de la Constitución.<sup>346</sup>

Como quiera que fuere, el concepto de máximo o último intérprete viene de la mano con el cambio de perspectiva –en el derecho europeo continental– sobre el papel de la Constitución en el Estado de Derecho y nuevamente se vincula a la lógica del neoconstitucionalismo y el garantismo.

Son los jueces constitucionales de más alto rango, los que tienen encomendada la tarea de velar por la supremacía constitucional; en esa lógica el juez que ostenta esta categoría asume el rol de garante último, es decir, es el que establece criterios de interpretación uniforme en el ordenamiento interno: sus interpretaciones sirven de parámetro vinculante para el resto de poderes del Estado (a través de sentencias con efectos erga omnes o de línea jurisprudencial constante).<sup>347</sup>

En el caso de la Corte IDH, se suele atribuirle el título de garante e intérprete último del SIDH. Por ejemplo, Cançado Trindade ha señalado que ella cumple la “función de órgano judicial máximo de salvaguardia de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección, y en el marco de la universalidad de los derechos humanos”.<sup>348</sup>

Asimismo, Aguilar Carvallo señala lo siguiente:

Desde el punto de vista de la lógica y coherencia del sistema y teniendo siempre en vista la necesidad de otorgar los estándares más altos de protección de los Derechos Humanos, todos los órganos del Estado, individuos y grupos de personas deben

---

<sup>346</sup> El artículo 1 de la Ley Orgánica del TC establece lo siguiente: “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”. Igualmente, de los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPC se desprende que el TC es el que fija la interpretación última de la constitución, la misma que debe ser seguida por los jueces y los poderes públicos del Estado peruano.

<sup>347</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento peruano, las sentencias de inconstitucionalidad tienen *efectos erga omnes* hacia futuro, mientras que también se han introducido las figuras de precedente vinculante y doctrina constitucional (artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional).

<sup>348</sup> Corte IDH, *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Voto razonado del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párrafo 153.

reconocer a la Corte IDH como el intérprete supremo, último y definitivo de las normas relacionadas con los Derechos Humanos.<sup>349</sup>

En el ámbito europeo, ello también es así; de hecho, García Roca, Saiz Arnaiz, Alkema, Flauss y Wildhaber, entre otros, definen al TEDH como un tribunal cuasi constitucional por el tipo de labor que realiza en el ámbito europeo.<sup>350</sup> En concreto, tribunales como la Corte IDH y el TEDH se asemejan a las altas cortes de los ordenamientos nacionales –de los modelos difuso<sup>351</sup>, concentrado, entre otros– que fijan criterios de interpretación última en torno a la Constitución y ejercen control normativo sobre las normas inferiores a la Constitución; no obstante ello, no son lo mismo.

A continuación se presentan dos cuadros en los que se establece un paralelo entre las similitudes de la justicia constitucional y la justicia interamericana, con la salvedad de que el parámetro controlador que utiliza la Corte IDH es el canon interamericano (ver capítulo 1), mientras que el canon de constitucionalidad es la constitución en sentido estricto –en determinados casos, esta contiene también al canon de convencionalidad–

**Cuadro 1: Similitudes de la Función Consultiva y el control previo de constitucionalidad**

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

<sup>349</sup> AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. “La internacionalización (...)”, 2007, p. 235.

<sup>350</sup> WILDHABER, Luzius. “The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future”. *American University International Law Review*. Washington, volumen 20, N° 4, 2007, p. 528. Consulta: 23 mayo de 2010. <[www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf](http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf)>

<sup>351</sup> Ya se ha visto como es que incluso en los ordenamientos en que el modelo de control de constitucionalidad es difuso, los fallos que emite el más alto tribunal de la judicatura pueden ser análogos a los efectos que genera un fallo emitido por un tribunal de control concentrado.



En efecto, se puede observar que el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH a través de la vía consultiva se asemeja al control previo de constitucionalidad que ha sido abordado en las consideraciones generales sobre la justicia constitucional.

Igualmente, en el cuadro 2 se podrá visualizar que el control de convencionalidad en la vía contenciosa se asemeja al control de constitucionalidad difuso que se lleva a cabo en un proceso constitucional de la libertad que resuelve el TC o el órgano que ostenta sus funciones. En determinados ordenamientos, los fallos recaídos en este tipo de procesos también tienen efectos generales.

**Cuadro 2: Similitudes del control de convencionalidad en la vía contenciosa con el control de constitucionalidad difuso (en los procesos constitucionales de la libertad)**

	<b>Control de convencionalidad a través de la vía contenciosa</b>	<b>Control de constitucionalidad difuso (en procesos constitucionales de la libertad)</b>
Tipo de examen normativo	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.	Se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto.
Vinculatoriedad del pronunciamiento que emiten los órganos	El fallo emitido en la vía contenciosa es vinculante para el Estado involucrado y las reparaciones ejecutadas por este.	El fallo emitido es vinculante para el demandado que aplicó una norma inconstitucional, a fin de reparar la situación.
Efectos del pronunciamiento emitido	El fallo emitido es cosa juzgada para el Estado condenado y cosa interpretada para el resto de Estados parte de la CADH. El fallo tiene efectos generales o <i>ultra partes</i> .	En principio, el fallo emitido es interpartes. Dependiendo del órgano que emite el fallo y si el proceso en sí mismo lo admite, los efectos pueden ser generales (estado de cosas inconstitucionales, amparo con efectos generales, etc).
Control de violaciones potenciales a los derechos del individuo	La Corte IDH, aunque en menor medida, lleva a cabo control normativo de normas que aun no surten efectos en la esfera de derechos de un individuo, pero potencialmente puede darse ello.	El juez constitucional lleva a cabo control normativo en casos en los que aun no se ha aplicado una norma inconstitucional, pero potencialmente puede afectarse el derecho de los individuos.
Naturaleza del órgano que se pronuncia	La Corte IDH es el último intérprete del SIDH.	El TC o el órgano que ostenta sus funciones es el último intérprete del ordenamiento nacional.

Con relación a los cuadros presentados, se puede señalar que los efectos de un fallo y de las Opiniones Consultivas que emite la Corte IDH, a los que se le ha atribuido efectos vinculantes *ultrapartes*, se asemejan a los de un *case-law* o precedente judicial

en sentido laxo, ya que este último impone una regla de uniformidad, mientras que los fallos emitidos por la Corte IDH son siempre un estándar mínimo.

Asimismo, se puede afirmar que la jurisdicción interamericana guarda una analogía con la justicia constitucional. De hecho, la propia Corte IDH se autovincula a sus fallos y opiniones y los jueces nacionales deben incorporar a sus razonamientos judiciales los estándares mínimos que se establecen a partir de aquello que emite dicho tribunal, con lo cual los exámenes de convencionalidad si bien no anulan o expulsan normas nacionales de naturaleza inconvencional, sí generan en el Estado la carga de adecuar su derecho interno.

Al respecto, García Roca ha señalado que aunque son jurisdicciones distintas existe una similitud entre la justicia constitucional y la interamericana, en específico, en relación con los efectos de los fallos de la Corte IDH sobre los Estados no involucrados en un proceso, lo que se asemeja también a los efectos *erga omnes* que genera la cosa juzgada de una sentencia constitucional.<sup>352</sup>

En este contexto, la Corte IDH asume un rol de primera importancia que armoniza los contenidos mínimos, recogiendo las interpretaciones *pro personae* o evolutivas que realizan los jueces nacionales.

Asimismo, cabe señalar que este ejercicio no es ajeno u opuesto a algunos ejercicios teóricos o doctrinales. En efecto, en el derecho internacional se empieza a hablar de figuras como el precedente judicial, aun cuando el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, refiera en el artículo 22 que las sentencias emitidas por el mismo solo vinculan a las partes en cuestión, y que el 59 prohíba la doctrina del *stare decisis*. En algún momento este tribunal ha hecho referencia a fallos de otros tribunales (aunque la regla general sea su reticencia a aplicar este método) y la utilización de sus sentencias en otras sedes jurisdiccionales es un ejercicio bastante común.

Por ejemplo, Miller, quien plantea un estudio en el marco de un ámbito horizontal en el que no hay jerarquías entre tribunales, vincula la figura del precedente al uso de

---

<sup>352</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Op. Cit. p. 141.

jurisprudencia de determinados tribunales internacionales por otros de la misma naturaleza y concluye que existe una alta interacción entre los mismos<sup>353</sup>.

Lupu, opina lo mismo que Miller en torno al uso del precedente en el ámbito internacional. Para el autor, aun cuando haya dispositivos que limitan el efecto de los fallos de los tribunales internacionales a las partes involucradas, “de facto” es posible visualizar que la CIJ se autovincula por sus opiniones pasadas cuando resuelve un caso concreto. En el mismo sentido, considera aplicable la figura de precedente a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>354</sup>.

En concreto, el tribunal interamericano contribuye a promover, converger o fortalecer los estándares de protección de los derechos en la región, genera una dinámica de retroalimentación constante. Así, su labor se asemeja a la de una corte constitucional.

#### **2.3.2.1.2.3 La labor interpretativa que llevan a cabo ambos tipos de jueces**

Un elemento común a los tribunales que ejercen control constitucional y a la Corte IDH, en tanto últimos intérpretes del orden constitucional de un Estado y del SIDH, respectivamente, es la técnica que aplican para resolver los casos que conocen.

Esta posición, ha sido abordada en un estudio sobre el precedente en el Derecho Internacional llevado a cabo por Lupu. Al respecto, el autor señala que la similitud de estos tribunales con la función de los jueces nacionales encuentra sustento en las técnicas y metodologías que se usan de forma similar en ambas jurisdicciones.

“Los jueces de Estrasburgo enfrentan el mismo tipo de problemas que los jueces nacionales y usan técnicas similares para resolver los casos que conocen. El TEDH realiza su labor a través del uso de precedentes jurisprudenciales. A través del

---

<sup>353</sup> MILLER, Nathan. “An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunals”. *Leiden Journal of International Law*. Leiden, N° 15, 2002, pp.483 y ss. Magaloni plantea que el precedente puede ser vertical u horizontal; el primero de ellos se sustenta en una concepción jerárquica de la relación entre tribunales, el segundo se refiere al auto-precedente. MAGALONI KERPEL, Ana. Op. Cit., pp. 38 y ss.

<sup>354</sup> Sobre el punto, a partir del caso *Cossey c. Reino Unido*, el TEDH ha indicado que el precedente como tal tiene fundamentos y razones objetivas para promover su vigencia en sede internacional. Así, el precedente se sustenta “in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law”.

precedente, el TEDH legitima su labor y persuade a los Estados a reparar las violaciones cometidas”.<sup>355</sup>

Por otra parte, otro punto en común entre el derecho internacional y el derecho interno es el uso de métodos comunes de protección de los derechos del individuo, sobre todo los que son jurisdiccionales.

Por ejemplo, Elodie Saillant señala que el TEDH y el Conseil Constitutionnel utilizan métodos comunes en la interpretación de los textos y resolución de casos, y ello incide en la labor del TEDH, ya que este va más allá de los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En general, ello se replica respecto de otros ordenamientos y también en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.<sup>356</sup>

En efecto, se puede afirmar que tanto la justicia constitucional como la Corte IDH utilizan el test de proporcionalidad, el test de ponderación y los criterios de interpretación pro persona para interpretar los derechos de los individuos.

De hecho, en la sentencia del caso *Kimel vs. Argentina* la Corte IDH resolvió un conflicto entre libertad de expresión y honra. Para resolver el tema, hizo mención al juicio de ponderación y estableció los elementos que deben concurrir para realizar dicho proceso.

En este último punto del análisis, se estableció si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.<sup>357</sup> La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

---

<sup>355</sup> LUPU, Yonathan. “The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations”, p. 4. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://ucsd.academia.edu/YonatanLupu/Papers/1001168/The\\_Role\\_of\\_Precedent\\_at\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_A\\_Network\\_Analysis\\_of\\_Case\\_Citations](http://ucsd.academia.edu/YonatanLupu/Papers/1001168/The_Role_of_Precedent_at_the_European_Court_of_Human_Rights_A_Network_Analysis_of_Case_Citations)>; SWEET, Alec Stone. “On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Faculty Scholarship Series*. New Haven, Paper N° 71, 2009, pp. 1-14. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/71](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71)>

<sup>356</sup> SAILLANT, Elodie. Op. Cit., p. 1504

<sup>357</sup> Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párrafo 83. Ver también: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo.

Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (...).<sup>358</sup>

Como se sabe el juicio de ponderación es una técnica utilizada en la interpretación y resolución de conflictos de orden constitucional, se encuentra vinculado a lo que los teóricos de la argumentación jurídica llaman casos difíciles o lo que se conoce como principios jurídicos (a diferencia de la subsunción, técnica propia de la aplicación de reglas).<sup>359</sup>

Todo este tema es propio de las discusiones del neoconstitucionalismo o garantismo. Al respecto, Del Toro Huerta señala que, esta discusión propiamente constitucional, avanza hacia otras sedes como las encargadas de la protección internacional de los derechos humanos debido a la creciente incorporación de estándares interpretativos y operativos de la jurisprudencia internacional a la nacional y viceversa (otra manifestación de los puentes dialógicos o también *cross-fertilization*).<sup>360</sup>

Como se ha señalado, existe una identidad imperfecta entre la naturaleza de los derechos fundamentales y los derechos humanos, en ese sentido, la protección de los mismos, se realiza a través de métodos de resolución o interpretación judicial comunes a ambas jurisdicciones.

---

Constitucionales, 2003; VIDAL FUEYO, Camino. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". En KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2005. Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 427-447.

<sup>358</sup> Corte IDH. *Caso Kímel vs. Argentina*, párrafo 83.

<sup>359</sup> ALEXY, Robert. "La fórmula del peso". En CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42.

<sup>360</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio. "El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México D.F., N° 251, enero-junio, año 2009, p. 394.

Además de ello, al igual que los derechos reconocidos en los textos constitucionales, los derechos reconocidos en el parámetro interamericano gozan de un grado de indeterminación amplio que exige la elaboración de una tarea interpretativa por parte de la Corte IDH para dotar de contenido a los dispositivos en mención<sup>361</sup> (eso se debe a su naturaleza principista).

Luego de la labor interpretativa, se dota de contenido al parámetro interamericano y se genera la existencia de un derecho mínimo que debe tenerse en cuenta para adecuar los estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales.

### 2.3.2.2 Los elementos distintivos

Entre el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH y el control de constitucionalidad que ejerce un juez nacional existen rasgos comunes, además de los ya mencionados criterios interpretativos y la existencia de una norma controlada, y una norma o conjunto de ellas controlante.

No obstante ello, hay algunos elementos que se pueden discutir para determinar si la Corte IDH guarda identidad con un tribunal o juez constitucional: si la CADH adquiere el título de norma constitucional y si el examen de convencionalidad se realiza sobre la base del principio de jerarquía.

#### 2.3.2.2.1 La Constitución del Estado vs. la CADH y otros tratados

Para autores como Salgado Pesantes el parámetro interamericano al que se ha hecho referencia es una especie de Constitución. El hecho que las interpretaciones de la Corte IDH generen estándares mínimos que los Estados deben incorporar es un atributo suficiente para brindarle a este instrumento el título de texto constitucional.<sup>362</sup>

<sup>361</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Op. Cit. pp. 163-166. FLAUSS, Jean François. "La Cour Européene des Droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?" *Revue Francaise de Droit Constitutionnelle*. París, N° 36, 1998, pp. 711 y ss; SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, p. 143.

<sup>362</sup> SALGADO PESANTES, Hernán. Loc. Cit.

De hecho, quienes afirman esto atribuyen al parámetro interamericano el título de norma de orden público interamericano<sup>363</sup> e incluso los establecen como sinónimos para luego atribuirle a estas categorías el *nomen* de constitución. Al respecto, Aguilar Cavallo menciona lo siguiente:

En efecto, la Corte IDH fija estándares de carácter constitucional que configuran el paraguas que cubre los órdenes jurídicos nacionales. Este paraguas constitucional fija, a su vez, un marco de orden público –que es un rol propiamente constitucional– dentro del cual pueden moverse los diversos órdenes constitucionales de los estados.<sup>364</sup>

Ahora bien, en este contexto sería necesario determinar cuál es el contenido de dicho orden público y las implicancias para ello, es decir, si ello genera la unificación de sistemas normativos y si coloca a la Corte IDH y a los instrumentos normativos por encima de los textos constitucionales u ordenamientos internos.

Si bien es cierto, el SIDH ha generado una especie de estándares mínimos de incorporación a los ordenamientos (un naciente *ius commune*),<sup>365</sup> ello no necesariamente es suficiente para atribuir a la CADH y el resto de instrumentos que conforman el parámetro el carácter de norma constitucional.

“[f]rente al *ius proprium* de cada uno de los Estados Partes del CEDH, «aparecen claramente los contornos de un derecho europeo de los derechos humanos» (...) —«un *ius commune*»— que representa el núcleo irreductible de los derechos fundamentales, en continuo crecimiento, alrededor de los cuales puede y debe forjarse la unidad de espíritus, condición necesaria de la unión política”<sup>366</sup>.

<sup>363</sup> Se ha decidido no discutir el concepto de esta figura porque resulta de carácter ambiguo y está relacionado a las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.

<sup>364</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América?, Parte II”. *Revista Derecho del Estado*, N° 26, enero-junio de 2011, p. 82.

<sup>365</sup> Ver también: QUERALT JIMENEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, p. 437. De acuerdo con el texto, las interpretaciones del TEDH contribuyen a la construcción de un *ius commune* europeo.

Delmas-Marty indica que el sistema europeo de derechos humanos se encuentra en proceso de formación de *jus commune*. En concreto, se indica que el TEDH tiene una función triple: 1.- Determina el sentido de las normas del CEDH; 2.- Determina el sentido de una norma nacional, conforme a los estándares del sistema y 3.- Orienta a las autoridades nacionales y comunitarias a aplicar el estándar europeo (code cultural commun) que se establece a partir de la jurisprudencia emitida y el derecho escrito.

DELMAS-MARTY, Mireille. “Le rôle de juge européen dans la renaissance du *jus commune*”. En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. Op. Cit. p. 400.

<sup>366</sup> DE SALVIA, M. “L’élaboration d’un «*ius commune*» des droits de l’homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l’unité européenne: l’oeuvre accomplie par la Commission et la Cour

En el caso que se aceptara la existencia de una constitución de esta naturaleza, se debiera tener en cuenta la situación de las constituciones nacionales y en todo caso en qué medida esta caracterización se ajusta a la lógica del pluralismo jurídico.

Evert Alkema ha realizado un ejercicio interesante al discutir la posibilidad de que el Convenio Europeo reciba el título de Constitución. Para el autor la noción de constitución es esencial e inherente al concepto de Estado, cuestión que no puede predicarse necesariamente respecto de la organización de Estados Americanos o de los Estados parte del SIDH (al igual que en el caso del Consejo de Europa).<sup>367</sup>

En efecto, algunos de los motivos planteados son el déficit democrático del parámetro interamericano y el hecho que este no involucra o hace referencia a aspectos inherentes al concepto de Estado de derecho como la separación de poderes o el control de constitucionalidad con capacidad de anulación/expulsión de normas nacionales.<sup>368</sup> Finalmente, los Estados no son individuos, es decir, aquellos que conforman el Poder Constituyente, aquel que funda el texto Constitucional.<sup>369</sup>

Al respecto, Aguilar Cavallo nuevamente plantea que es posible atribuir el carácter de constitución a la CADH y de juez constitucional a la Corte IDH en la medida que ella se ha pronunciado sobre aspectos vinculados a la democracia, libertad de expresión, derechos políticos, entre otros.<sup>370</sup>

---

européennes des Droits de l'Homme". En MASTCHER, Franz y Herber PETZOLD. *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G. J. Wiarda, Cari Heymanns*. Colonia: Verlag, 1988, p. 563. Citado por AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales". *Revista Iberoamericana de de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 13, enero-junio, 2010, p. 14.

<sup>367</sup> ALKEMA, Evert. "The european convention as a constitution and its courts as a constitutional court, en: Protecting human rights: the european perspective". En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. Op. Cit. pp. 41- 63. WILDHABER, Luzius. "The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future", p. 525. Consulta: 23 de mayo de 2010. <[www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf](http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf)>

<sup>368</sup> Ibid.

<sup>369</sup> Un argumento similar se ha esbozado con relación al déficit democrático de la Unión Europea y a los debates sobre la viabilidad de una constitución europea. ASTOLA MADARIAGA, Jasone. "De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimación democrática de sus decisiones". *Teoría y realidad constitucional*, N° 15, 2005, p. 201-234.

<sup>370</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América?, Parte II, p. 55.



De hecho, Helfer coincide con los temas señalados al afirmar que a tribunales como la Corte IDH se les atribuye el título de “cortes constitucionales”, desde el punto de vista de 3 acepciones: 1.- del ejercicio de control normativo; 2.- como método judicial para la resolución de casos de relevancia para el sistema regional en su conjunto; 3.- para el fortalecimiento de la democracia y el principio de legalidad como sustento del Estado de Derecho.<sup>371</sup>

En líneas generales los tres autores atribuyen el título de constitución a tratados como el Convenio Europeo o la CADH en la medida que abordan o desarrollan aspectos vinculados a la separación de poderes de un Estado y a la protección de derechos del individuo.

Hay quienes sin embargo, rompen la relación entre Constitución y Estado y al amparo de la lógica del constitucionalismo multinivel analizan las relaciones entre ordenamientos desde la lógica de la primacía antes que de la jerarquía (derecho comunitario).

En todo caso, si bajo este criterio se le atribuye al parámetro interamericano el título de Constitución, debe hacerse desde la lógica de un concepto de constitucionalismo basado en el desarrollo de las figuras de garantías jurisdiccionales y control como ejes centrales de la figura.

Asimismo, el concepto de constitución interamericana debe encuadrarse en el marco de la coordinación y retroalimentación entre sistemas u ordenamientos, es decir, se mantiene la idea de que tanto el SIDH como los ordenamientos nacionales son independientes pero interrelacionados.

Atribuir en sentido estricto el concepto de “constitución” bajo la lógica del principio de supremacía rompería este molde de horizontalidad y retroalimentación.

---

<sup>371</sup> HELFER, Lawrence. “Constitutional Analogies in the International Legal System”. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Volumen 37, 2003, p. 193; HELFER, Lawrence “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”. *The European Journal of International Law*, volumen 19, N° 1, 2008, pp. 125-159.

Como quiera que fuere, desde la lógica de Alkema o de Wildhaber, difícilmente podría atribuirse a la CADH y compañía tal título en sentido estricto, si no es solamente para plantear algunas de las similitudes que ya se han establecido previamente o de manera más específica para enfocarse en el concepto de constitucionalismo como modelo de garantías jurisdiccionales.<sup>372</sup>

### **2.3.2.2.2 El principio de jerarquía vs. el principio de primacía**

Un elemento importante para diferenciar ambas figuras es el hecho que el control de constitucionalidad en sentido clásico se sustenta en el principio de jerarquía normativa que la Constitución ejerce respecto del resto de normas del ordenamiento interno, mientras que el control de convencionalidad que ejerce el juez interamericano es un examen que se sustenta en la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Al respecto, caben algunas precisiones en torno al último de los principios mencionados, de hecho el concepto ya se ha explicado cual es la lógica del examen de constitucionalidad.

En concreto, de acuerdo con el principio de primacía del derecho internacional, los Estados están obligados a cumplir con las obligaciones internacionales, independientemente de lo que digan las normas de un ordenamiento estatal.<sup>373</sup> Este concepto se deriva del artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969, es decir, del mismo fundamento que da sustento al control de convencionalidad.

En ese sentido, Sorensen ha señalado lo siguiente:

“[I]a primacía del derecho internacional (...) se evidencia por la regla bien establecida de que un estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar

<sup>372</sup> ALKEMA, Evert. Op. Cit. pp. 62-63; WILDHABER, Luzius. “The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future”, Op. Cit. pp. 521-538.

<sup>373</sup> ARANA TAMAYO, Cristina. “La legitimación constitucional de la Unión Europea”. *Trabajos y ensayos. Publicación del Master Oficial en Estudios Internacionales y del Programa de Doctorado Cooperación, Integración y Conflicto en la Sociedad Internacional Contemporánea*, N° 5, 2007, p. 10. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.dipriihd.ehu.es/revistadoctorado/05/Arana.pdf>>

la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales o para escapar a las consecuencias de ella”.<sup>374</sup>

Sobre el punto, habría que determinar si el concepto de primacía significa jerarquía de un derecho sobre el otro. Al respecto, Fuentes Torrijo ha señalado que el artículo 27 no establece una regla sobre la jerarquía de los tratados respecto de las fuentes de derecho interno y que lo único que se desprende de la norma es que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional.<sup>375</sup>

En la misma línea, ya se ha señalado que la propia Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México* ha establecido que el examen que lleva a cabo es de derecho internacional, es decir, de primacía de este sobre el derecho nacional.<sup>376</sup>

Desde esa lógica, habría que mencionar que es en el derecho interno donde deben buscarse los mecanismos que permitan la implementación de las obligaciones provenientes del derecho internacional.<sup>377</sup> El derecho internacional no impone una regla para ello, solo delimita las obligaciones estatales y establece responsabilidades de llevarse a cabo un incumplimiento.

En otras palabras el derecho internacional no plantea las pautas de creación, validez e invalidez de una norma de derecho interno, toda vez que no existe una unidad entre esta rama del derecho y el derecho interno, por ello no se puede afirmar que exista jerarquía entre los mismos.

Sin embargo, puede que determinadas reglas de validez material del derecho interno se construyan a partir de los desarrollos en el derecho internacional, pero finalmente, esa incorporación será llevada a cabo por los Estados o sus órganos (ver capítulos 3 y 4). Como se ha señalado, en un espacio de diálogo constante, este tipo de influencias

<sup>374</sup> SORENSEN, Max. *Manual de derecho Internacional público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 195.

<sup>375</sup> FUENTES TORRIJO, Ximena. *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja*. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish .pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf)> El subrayado es nuestro.

<sup>376</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Op. Cit. párrafo 19.

<sup>377</sup> *Ibid.*

son parte del fenómeno de circularidad constante entre el derecho internacional y derecho constitucional.

El caso de las leyes de autoamnistía es un ejemplo de lo aquí mencionado. Aunque la Corte IDH ha señalado que este tipo de dispositivos carecen de efectos generales, ello no quiere decir que dicho tribunal tenga la competencia para expulsar una norma de derecho interno, ya que ello depende del órgano nacional que posea la atribución para ello.

Lo mismo sucede con los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento interno. Aun cuando estos sean objeto de control de constitucionalidad, la eventual declaratoria de inconstitucionalidad, si bien conlleva la denuncia del tratado, no se afecta la validez del convenio en tanto norma de derecho internacional.

En efecto, debe tenerse en cuenta que al momento en que el tratado se incorpora al derecho interno de un Estado que lo ha ratificado es una norma de doble fuente (nacional e internacional) y cuando este es declarado inconstitucional, únicamente se analiza la permanencia de la norma en el ordenamiento como fuente de derecho nacional, no así la validez de la norma como fuente externa.

A partir de lo mencionado, lo que la Corte IDH analiza al momento de llevar a cabo un examen de convencionalidad de normas de derecho interno, es si los Estados cumplieron con su obligación de adecuar el derecho interno. El examen se realiza sobre la base del principio de primacía, ya que este se lleva a cabo en sede internacional.

A pesar de la distinción entre el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH y el control de constitucionalidad, ambas técnicas de control concluyen en la determinación de si el dispositivo analizado cumple con el estándar de protección impuesto por el parámetro de convencionalidad y/o por la Constitución.

Así, hay quienes consideran que este es un ejercicio que excede las competencias de la Corte IDH; o que simplemente ella no podría examinar disposiciones de derecho interno, ya que para el derecho internacional, el derecho interno no es objeto de

examen; o que atribuir tal función a la Corte IDH sería otorgarle la función de un TC (cuestión que sería labor exclusiva de la justicia constitucional estatal).<sup>378</sup>

Sin embargo, como se ha venido sosteniendo, dicha tarea puede ser compartida, sin que por ello se desnaturalicen las características del SIDH o la labor que realiza la Corte IDH como tribunal internacional.

El hecho que el control de convencionalidad en sede interna se vincule con el control constitucional o se considere también una forma de control constitucional no quiere decir que el examen de disposiciones de derecho interno que realiza la Corte IDH sea lo mismo que un control constitucional de leyes en sentido estricto o que los efectos del control de convencionalidad sean los mismos que el que se realiza en sede nacional.

Al respecto, García Ramírez establece la siguiente reflexión:

Esto se observa, sobre todo, en el juez de constitucionalidad que custodia la conformidad de la norma secundaria con la regla suprema nacional; y también, hoy día, en el juez internacional de los derechos humanos, que asegura esa misma conformidad entre el acto de la autoridad doméstica y la disposición imperiosa del derecho de gentes. Uno vigila el vigor de la Constitución; otro, la vigencia de la convención internacional, pero también de las normas que son el sustento y el contexto de ésta.<sup>379</sup>

En efecto, el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH siempre será eso, un examen de disposiciones de derecho interno a la luz de la CADH por parte de tribunal internacional, y no un examen de constitucionalidad basado en la constitución formal de cada Estado parte del SIDH.

---

<sup>378</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. "Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos". En REY TRISTÁN, Eduardo y Patricia CALVO GONZÁLEZ. *200 años de Iberoamérica (1810-2010). Congreso Internacional: XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional*. Santiago de Compostela, 2010, p. 2199, consulta: 01 de diciembre de 2011, <[http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616\\_v1/](http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616_v1/)>

<sup>379</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 57. Consulta: 04 de abril de 2011. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/324/7.pdf>>

Ahora bien, hay quienes señalan que el propio artículo 25.1 de la CADH admite que la jurisdicción de la Corte IDH lleve a cabo análisis de normas de derecho interno, ya que a la letra establece lo siguiente:<sup>380</sup>

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esta posición se apoya en un fundamento normativo que justifique la competencia de la Corte IDH para analizar normas de derecho interno (incluidos los textos constitucionales). En efecto, aunque se trata de una norma que reconoce el derecho a un recurso sencillo y rápido, el contenido del derecho se refiere a la justiciabilidad de los actos basados en una ley y a los propios actos legislativos que per se atentan contra los derechos reconocidos en la CADH.

En efecto, eventualmente, la Corte IDH conocerá casos en los que se haya vulnerado derechos reconocidos en normas de orden nacional, o la norma en sí misma si es que esta atenta contra los estándares interamericanos. No por ello, el control normativo que realiza lo convierte en un juez de derecho nacional.

El hecho que el control de convencionalidad se asemeje o contraste con el control de constitucionalidad es un tema diferente que no involucra una invasión de competencias. En ese sentido, dista de ser un ejemplo o manifestación de justicia constitucional.

Como bien señala García Roca, este tipo de tribunales no goza de algunos elementos característicos de la justicia constitucional. Sobre el TEDH ha indicado por ejemplo, que no puede declarar la nulidad de una ley en sus diversas fórmulas (constitutiva, retroactiva, prospectiva), dicho argumento es aplicable también a la Corte IDH,<sup>381</sup> aunque se haya interpretado que puede declarar la nulidad de normas internas a la luz de la CADH.

<sup>380</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. Entrevista a César Landa Arroyo, 15 de febrero de 2012.

<sup>381</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Op. Cit. p. 143.

No obstante estas diferencias, Laurence Helfer establece que a partir de un contraste entre ambas jurisdicciones, es posible al menos, plantear el efecto de *embeddedness* que generan los fallos de tribunales como el TEDH o Corte IDH en tanto principio derivado de la subsidiariedad que sustenta los sistemas de protección de derechos humanos.<sup>382</sup>

Más allá de ello, es importante señalar que aunque el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH no se define como un examen basado en el principio de jerarquía, dicho tribunal a través de su labor jurisdiccional ha contribuido a modificar los criterios de validez del derecho en sede nacional.

Aunque eso depende finalmente del Estado, es innegable que en este punto también hay una coordinación o diálogo entre los dos espacios normativos (en el capítulo 4 se abordará el tema).

En líneas generales, estos son algunos presupuestos de los que se parte para los dos siguientes capítulos de la presente investigación. El hilo conductor de la investigación es el concepto y finalidad de la propia figura de control de constitucionalidad, ya sea para identificarla o compararla con el control de convencionalidad en sede interamericana o en sede nacional.

---

<sup>382</sup> HELFER, Lawrence. "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", pp. 125-159.

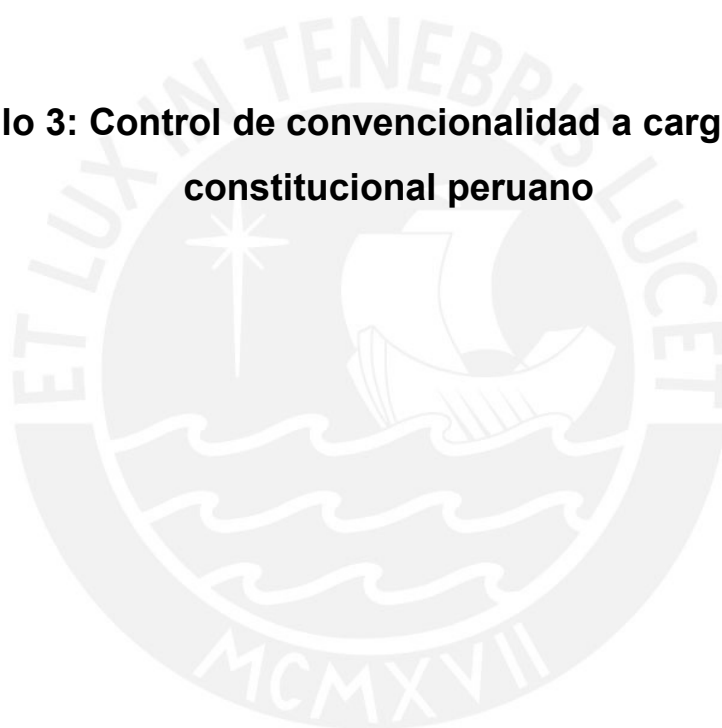
De hecho, otros autores también niegan la naturaleza de tribunal constitucional de un tribunal como el TEDH o la Corte IDH:

"However, the Court's jurisdiction is specialist and subsidiary to the role of national courts; its constitutional function is not of a generalist nature. The European Convention cannot be viewed as a constitution for Europe. The Strasbourg Court has no jurisdiction to declare national law invalid".

Schermers también discute la posibilidad de que un tribunal como el TEDH de erija como Corte Suprema de las máximas cortes nacionales. Al respecto, concluye que aunque un tribunal como el TEDH pueda examinar normas de derecho interno, ello no implica que tenga el poder de anular o reemplazar la decisión de un juez nacional ya que no es una corte de apelación. SCHEMERS, Henry. "A european supreme court". En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. Op. Cit. 1279.

<sup>382</sup> HELFER, Lawrence. "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", pp. 125-159.

### Capítulo 3: Control de convencionalidad a cargo del juez constitucional peruano





### 3.1 Control de convencionalidad y control de constitucionalidad en el sistema jurídico peruano

En el ordenamiento peruano el control de convencionalidad tiene una directa vinculación con el control de constitucionalidad por diversos motivos, entre ellos, los que se ha desarrollado en el capítulo 2 de este documento, lo que incluso lleva a afirmar que existe una relación de identidad entre ambas figuras. Aunado a ello, el TC y un sector de la doctrina ha planteado que aquello que ha sido definido como parámetro interamericano tiene rango constitucional, a partir de una interpretación de la Carta de 1993.<sup>383</sup>

También se podría plantear que el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad en la medida que la justicia constitucional (TC y jueces del Poder Judicial) en la práctica utiliza el parámetro interamericano como parámetro constitucional, a pesar del silencio del propio ordenamiento.

Ambos planteamientos no son del todo opuestos; puede que la CADH y el resto de instrumentos que conforman el parámetro tengan rango constitucional, pero si en la práctica estos no se utilizan como tales entonces la identificación queda en la mera formalidad.

Como quiera que fuere, el control de convencionalidad en el ordenamiento peruano se realiza a manera de examen de constitucionalidad, y sobre ello lo que se debe discutir son las modalidades en que se lleva a cabo. De otro lado, se puede afirmar que la práctica judicial permite determinar que este tipo de examen se hace sin calificarlo como tal, es decir, es un ejercicio que se realiza sin atribuirle dicho calificativo (innominadamente).

No obstante que en esta tesis se resalte el hecho que en determinadas materias el TC haya llevado a cabo el examen de convencionalidad conforme a los estándares del SIDH, no se pierde de vista el hecho que este tribunal también ha emitido fallos

---

<sup>383</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación*. consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/v/tratados.internacionales.ddhh.pdf>>; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, 15 de agosto de 2006, FJ. 25 y ss.

sumamente cuestionables en los que se deja de lado los estándares interamericanos y se adopta posiciones contrarias al canon convencional, a la vez que inconstitucionales.

Dos ejemplos claros de ello son los fallos que analizaron la legislación sobre justicia militar y el caso El Frontón. En el primero de los casos, en la última de las sentencias emitidas por el colegiado (que data del año 2009), se constató la manipulación de los estándares internacionales (como se verá en el acápite respectivo) para declarar constitucional un modelo que atenta contra las garantías de independencia, imparcialidad y unidad jurisdiccional.

En el segundo supuesto, como se verá más adelante, el TC convalidó la sentencia de la Tercera Sala Penal con reos en cárcel que declaró fundada la demanda de habeas corpus presentada por Teodorico Bernabé Montoya (procesado por las ejecuciones extrajudiciales del caso El Frontón) e indicaba que la matanza del caso El Frontón constituía un delito común; en ese sentido la denuncia penal del Ministerio Público relativa a este caso se declaró como no presentada.

En atención a ello, es importante desarrollar el sustento teórico constitucional sobre la materia en el ordenamiento peruano. En efecto, hay diversas posiciones desde las que se construyen argumentos que justifican el uso del canon interamericano como parámetro constitucional.

### **3.1.1 La cláusula de apertura constitucional de la Constitución de 1993**

Este tema se articula con la figura de Estado pluralista o cooperativo que se ha esbozado en el capítulo 2 de este documento. En esencia, el ordenamiento peruano puede calificarse como tal ya que de manera explícita, asume la existencia de una pluralidad de fuentes de origen distinto que se articulan entre sí necesariamente y se encuentran imbricadas con las propias bases del ordenamiento.

En efecto, una muestra de ello es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 (CDFT) que es en realidad una cláusula de apertura constitucional:

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.

Este dispositivo que recibe la denominación de cláusula interpretativa establece un deber de uso de determinados instrumentos de naturaleza internacional cuando de interpretar o aplicar una norma que involucra derechos fundamentales se trata.

La cláusula de apertura se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al resto de tratados que abordan o desarrollan las mismas materias; en ese sentido, su diseño es bastante amplio y permite incorporar a los tratados del SIDH y del ámbito universal como parte del contenido de la misma.

En efecto, dicha cláusula involucra a la jurisprudencia de la Corte IDH como parte del parámetro controlador, aunque no lo señale de manera expresa. En efecto, varios son los motivos que llevan a afirmar ello.

En principio, es la jurisprudencia de la Corte IDH y sus opiniones consultivas las que desarrollan los alcances de los tratados que son parte del SIDH, razón por la cual deberían incorporarse al parámetro normativo, tal como se desarrolló en el capítulo 1. El sentido progresivo de los fallos y opiniones consultivas de dicho tribunal y la indeterminación de los derechos que protege el SIDH justifican ello.

Tampoco debe olvidarse que el uso de la jurisprudencia internacional también encuentra justificación en el hecho que las jurisdicciones nacionales, en la práctica, toman en cuenta a la jurisprudencia internacional como un elemento esencial para delimitar los contenidos de un derecho en la interpretación constitucional, ya que el derecho constitucional no es en sí mismo un derecho completo.

Es decir, si bien la CDFT no se refiere a la jurisprudencia como parte del parámetro controlador, se debe tener en cuenta que la apertura constitucional también supone reconocer que el juez nacional no es el único intérprete autorizado para definir el contenido de un derecho, sobre todo cuando su labor se enmarca dentro de una lógica

de complementariedad entre ordenamientos o sistemas de protección de los derechos del individuo.

En efecto, estas razones de fondo se refuerzan en la medida que el ordenamiento peruano también reconoce la importancia y vinculatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la interpretación de las leyes.

El Código Procesal Constitucional, en el artículo V del Título Preliminar reproduce en parte la CDFT que se comenta, pero al mismo tiempo añade como parte del parámetro controlador a la jurisprudencia de derecho internacional.

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con (...) las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Por su parte, el TC ha reconocido que el criterio de interpretación que impone la CDFT, “comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos”.<sup>384</sup>

Igualmente, en el caso Castillo Chirinos ha afirmado que las sentencias de la Corte IDH resultan vinculantes para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Ello, como resultado de la interpretación del artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución.<sup>385</sup> En efecto, se ha mencionado lo siguiente:

Esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho

---

<sup>384</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 04587-2004-AA/TC, 15 de febrero de 2006, FJ 44. En otra sentencia también ha afirmado: “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.” Sentencia recaída en expediente N° 0217-2002-HC/TC, 20 de setiembre de 2002, FJ 2.

<sup>385</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída expediente N° 02730-2006-AA/TC, 27 de julio de 2006, FJ. 12-14.

fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía.<sup>386</sup>

Luego de establecerse estos alcances, se puede afirmar que la forma en que se ha redactado la CDFT permite plantear una interpretación a partir de la cual se defina el deber del juez de ejercer control de convencionalidad.

En la medida que la disposición indica que toda norma que desarrolla un derecho fundamental debe analizarse a la luz del parámetro internacional de protección de derechos humanos, en realidad se hace alusión a la esencia misma del control de convencionalidad.

Esta cláusula es una suerte de “puente” que en términos formales y expresos establece o reconoce la activa interrelación entre el derecho interno y el derecho constitucional imponiendo un deber de interpretación de los derechos fundamentales (de corte constitucional) a los aplicadores del derecho.

Y en términos materiales, la existencia cláusula demuestra que las disposiciones constitucionales sobre derechos de individuo no se bastan por sí solas y que incorporan necesariamente a otras fuentes, con el mismo objeto de protección.

Ya en la práctica jurisdiccional, el TC ha manifestado argumentos que sostienen esta apreciación. Así, ha indicado que el “contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce y también de los alcances del DIDH.”<sup>387</sup>

A partir de la CDFT se puede argumentar que el control de convencionalidad guarda una relación directa con la figura de control de constitucionalidad, por el objeto de protección de ambos tipos de figuras, es decir, los derechos fundamentales.

---

<sup>386</sup> *Ibid.*

<sup>387</sup> *Ibid.*

En esa lógica el canon interamericano se utilizará para analizar el contenido de los dispositivos que son, al mismo tiempo, objeto de un examen de constitucionalidad y convencionalidad, a fin de garantizar el contenido de los derechos del individuo.

En ese sentido, se rompe con los conceptos de unidad y rigidez constitucional previos al proceso de apertura o pluralismo jurídico. En concordancia con Häberle, la Constitución peruana incorpora de manera expresa al “quinto método” de interpretación propio de un Estado Cooperativo: método comparado.

Ahora bien, la CDFT, como se ha mencionado, es interpretativa, ya que el examen de convencionalidad se realizará de manera indirecta. En ese sentido, de esta norma no se deriva la posibilidad de alegar una violación autónoma del parámetro interamericano.

En efecto, aunque el canon de convencionalidad se utilice para determinar si se violó o no un derecho protegido siempre se habrá vulnerado la norma constitucional en sentido formal, es decir, habrá ocurrido un **re-envío**, tal como ocurre con el concepto de bloque de constitucionalidad.<sup>388</sup> No obstante ello, el examen de convencionalidad no habrá dejado de realizarse.

De otro lado, los efectos del examen de convencionalidad indirecto convertido en examen de constitucionalidad serán los mismos que se derivan de este último. El juez concluirá por reinterpretar, inaplicar o invalidar una norma, dependiendo del tipo de proceso en el que se lleva a cabo el contraste entre el canon interamericano y las normas de derecho interno.

En este último sentido, se puede afirmar que hay una identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. Igualmente, la hay en términos del concepto de constitución material por el objeto de protección de los exámenes mencionados, independientemente de que el canon interamericano se haya aplicado

---

<sup>388</sup> MORALES SARAVIA, Francisco. “Interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades”. En FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 1180.

directamente o de forma indirecta, o de que la CDFT no permita afirmar que el rango de un tratado de derechos humanos es constitucional.

En efecto, si bien el objeto de protección de los tratados de derechos humanos no es idéntico al de los catálogos constitucionales (derechos fundamentales) –por ello la identidad parcial o imperfecta entre los mismos– cuando el canon o estándar de derechos de un sistema de protección como el SIDH se incorpora al ordenamiento y es utilizado por el juez constitucional para resolver conflictos de este orden, entonces se habrá generado una identidad plena.

Igualmente, el juez constitucional podrá interpretar en sentido progresivo los instrumentos del SIDH en el ejercicio de su labor como intérprete constitucional, ya que asume que estos ostentan categoría de fuente constitucional. En ese sentido, el resultado de lo que el juez determine con relación al contenido de estos derechos también se define como canon constitucional.

Por otro lado, ya se ha señalado que algunos afirman que en el ordenamiento peruano también se deja abierta la posibilidad de tutelar de manera directa los derechos del individuo conocidos en los tratados, basándose para ello, en diversos argumentos.

La pregunta relevante sobre el tema es si, los usos indirecto y directo del canon interamericano son opuestos o se pueden articular de alguna manera. Al respecto, hay quienes señalan que la cláusula interpretativa pierde el sentido y razón de ser, ya que se ha admitido la tesis del rango constitucional de los tratados de derechos humanos.<sup>389</sup>

Sobre el punto, conviene analizar la teoría del rango constitucional de los tratados y la aplicación práctica de los mismos por parte del juez constitucional en los procesos constitucionales, ya que ello determinará si los jueces le dan un uso directo o indirecto al canon interamericano, o combinan ambas modalidades.

---

<sup>389</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Op. Cit. p. 2.

### 3.1.2 Rango constitucional de los tratados de derechos humanos

El ordenamiento peruano no establece de manera expresa el rango de los tratados de derechos humanos dentro de la pirámide kelseniana o del sistema jurídico articulado bajo la premisa de la unidad.

Sobre el tema se han desarrollado, algunos argumentos que van desde el otorgamiento de rango legal y su incorporación al concepto de bloque de constitucionalidad hasta las aseveraciones de su naturaleza constitucional y consecuente aplicación directa.

En los últimos tiempos, la opinión de diversos juristas apunta a otorgarle rango constitucional a los tratados de derechos humanos, aunque el uso de los mismos se realiza más en sentido indirecto y por ello, se acercaría más al concepto de bloque de constitucionalidad.<sup>390</sup>

En ese sentido, el control de convencionalidad se identificaría en mayor medida con la CDFT que garantiza el uso interpretativo del parámetro interamericano.

---

<sup>390</sup> En el ordenamiento peruano, la figura del bloque de constitucionalidad ha sido incorporada por medio del artículo 79° del Código Procesal Constitucional que establece que *para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, 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 ese sentido, en la sentencia Nina Quispe el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que los tratados se encuentran en igualdad de rango con la ley, pero al mismo tiempo admite que los convenios o fuentes de derecho internacional vinculados a la protección de derechos humanos pueden ser parámetros de control para la validez de las normas.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional – conforme al artículo 55° de la Constitución–sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.



De acuerdo con este apartado, el control de convencionalidad y su equivalencia con la figura de control de constitucionalidad se deriva del hecho que el TC haya afirmado ello en la sentencia recaída en el expediente N° 0025-2005-AI/TC<sup>391</sup>.

En el caso que se menciona, dicho tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos *integran el ordenamiento jurídico peruano y detentan rango constitucional*, entre ellos se incluye a los que pertenecen al parámetro interamericano –esta ha sido su manera de asumirse como ordenamiento pluralista–.

En opinión del TC dicha posición se refuerza a partir del artículo 55 de la Constitución que plantea la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno<sup>392</sup> en lectura conjunta con el artículo 3 del mismo texto.

En efecto, la cláusula de derechos implícitos otorga el mismo tratamiento a los derechos no enumerados de manera expresa en el artículo 2, siempre que se refieran o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.<sup>393</sup>

(...) el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional (...).

Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que

---

<sup>391</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, F.J. 25-34.

<sup>392</sup> SALMÓN, ELIZABETH Y NOVAK, Fabián. Op. cit. p. 113. De hecho, en el constitucionalismo latinoamericano parece haber ejemplos de monismo. Por ejemplo, la Constitución Venezolana de 1993 plantea:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

<sup>393</sup> Marcial Rubio ha indicado que el artículo 3 de la Constitución le otorga rango constitucional a los derechos del individuo aunque no tengan una mención explícita en la Constitución. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 153 y ss.

podiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.<sup>394</sup>

En esa lógica el TC ha afirmado que los derechos de naturaleza análoga a los que hace mención el artículo 3 pueden incluir a los reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.<sup>395</sup>

De acuerdo con estos argumentos, los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos se encontrarían en igualdad de condiciones que los llamados “fundamentales” y conforme al criterio de aplicación directa del artículo 55, se utilizarían como norma controladora en sentido directo, no tanto en la lógica indirecta.<sup>396</sup>

Asimismo, resulta de relevancia que el TC haya señalado que el hecho que los tratados de derechos humanos ostenten el rango de constitucionales los dota de una fuerza pasiva frente a las normas de rango infra-constitucional. En otras palabras está definiendo el control de convencionalidad en términos de control de constitucionalidad.

(...) importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.<sup>397</sup>

No obstante ello, la existencia de una cláusula de derechos implícitos no necesariamente conlleva a concluir que todos los tratados de derechos humanos tienen aplicación directa en términos del principio de jerarquía constitucional. En efecto, si bien tendrán relevancia constitucional, podrán canalizarse a través del uso indirecto o directo, dependiendo del rango del tratado que vaya a aplicarse.<sup>398</sup>

<sup>394</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, FJ. 29-30.

<sup>395</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, FJ. 32.

<sup>396</sup> Por otra parte, cabe mencionar que en el caso de la jurisprudencia interamericana, esta siempre se usará en sentido interpretativo, ya sea para aplicar directamente la norma convencional o la norma constitucional en sentido formal.

<sup>397</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, FJ. 33.

<sup>398</sup> Esta idea se refuerza si es que, como señala Edgard Carpio, el artículo 3 de la Constitución en realidad se refiere a derechos nuevos, y no a los relacionados con los derechos expresamente reconocidos.

Es decir, la cláusula de derechos implícitos no es concluyente en términos de rango; el derecho implícito podría aplicarse de manera indirecta, a través de una conexión con el dispositivo de dignidad de la persona humana, con lo cual, el presupuesto de la aplicación directa del derecho se vería desechado.

Luego de esta explicación se podría afirmar que existen dos vertientes por medio de las cuales se puede justificar de manera expresa la obligación de ejercer control de convencionalidad por parte de los jueces constitucionales peruanos. Ninguno se opone y ambos se armonizan con el artículo 3 del texto constitucional.

En ambos casos, la norma controladora, es decir, el canon de convencionalidad, tiene dos alternativas –directa o indirecta– para relacionarse con el resto de normas del ordenamiento, ello a la luz del principio de jerarquía.

### **3.1.3 Otras posiciones relativas al rango de los tratados de derechos humanos**

En este acápite se mencionan algunas posiciones que difieren de la asumida por el TC y pretenden interpretar el silencio del legislador sobre el rango de los tratados.

Al respecto, César Landa ha afirmado que los tratados pueden ostentar una jerarquía superior a la del derecho interno, ya que potencialmente pueden modificar la Constitución.<sup>399</sup> En opinión del autor, la Constitución consagra dicha supraconstitucionalidad a través del artículo 57 de la Constitución que establece el mecanismo de aprobación de un tratado por la vía de reforma constitucional.<sup>400</sup>

---

En concreto, el autor cita la sentencia recaída en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, 16 de marzo de 2003, FJ. 5; en este fallo el TC establece que los nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad deben diferenciarse de los "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". En este último caso, no es aplicable el artículo 3.

De acuerdo con el colegiado, "la apelación al artículo 3° de la Constitución, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita".

CARPIO MARCOS, Edgard. Los derechos no enumerados, en: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). Tomo I, Op. Cit, p. 317.

<sup>399</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 2da edición. Lima: Palestra, 2003, p. 781

<sup>400</sup> LANDA ARROYO, César. *Los tratados internacionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://190.41.250.173/guia/landa-2.htm>>

En relación con la posición sobre el rango supraconstitucional de los tratados, cabría indicar que quizás se confunde el modo de ratificación del tratado con el rango que le otorga el ordenamiento.

Es cierto que puede haber tratados que para ser parte del ordenamiento involucran la modificación del texto constitucional, pero no por ello estarán por encima del mismo, probablemente luego de incorporados, se encuentren al mismo nivel de la constitución modificada o se consideren parte de la misma.

En sentido opuesto, Novak establece que aunque un tratado se incorpore por la vía de reforma constitucional, este no adquiere rango constitucional, ya que este autor adopta la tesis del rango legal de los tratados en el derecho interno.<sup>401</sup> En efecto, indica que la Constitución no se modifica, sino que rige fuera del ámbito de aplicación del tratado y recuperará su plena vigencia en caso de que este último fuera objeto de denuncia.<sup>402</sup>

Esta alternativa parece un poco forzada, aunque trata de articularse con el artículo 200,4 del texto constitucional sobre el control normativo de los tratados. No obstante ello, el dispositivo mencionado no debiera ser determinante para atribuir rango legal a los tratados, tal como se indica en el acápite 3.1.4.

Además, esta es una posición excesivamente formalista, que deja de lado algunos aspectos materiales que permitirían elevar a los tratados de derechos humanos a la categoría de norma máxima del ordenamiento que se han planteado en el capítulo 2 de este trabajo y también olvida que existe una constante interacción e integración entre las fuentes del derecho interno y el derecho internacional.

Algunos de estos son la base común que sustenta tanto a los tratados de derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, o la propia práctica de la judicatura que utiliza a los tratados en sentido directo o indirecto en los procesos de control constitucional.

---

<sup>401</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián y SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Op. Cit. p. 114.

<sup>402</sup> Ídem, p. 121.

En relación con estos temas, Landa ha establecido que es la tesis de la coordinación el pilar que sustenta la relación entre derecho interno y derecho internacional.<sup>403</sup> Si es que se opta por esta alternativa, cabría preguntarse sobre su influencia en el rango de los tratados o en su ubicación en el sistema de fuentes del derecho.

Sobre el punto, Markus Kotzur señala que el derecho constitucional y el derecho internacional tienen múltiples interrelaciones como consecuencia del modelo cooperativo de Estado. Citando a Smend, reitera que las relaciones entre Estados son de intercambio, es decir, de configuración recíproca y autoconfiguración.<sup>404</sup>

En el mismo sentido, Häberle sostiene que “el derecho de cooperación común” supone que se vaya más allá de la alternativa clásica de dichas tesis de incorporación, y se basa en términos de configuración mutua, con lo cual se elimina el criterio de prevalencia de un derecho sobre otro.<sup>405</sup>

Atendiendo a lo que señalan estos autores, podría plantearse que no existe una regla predeterminada que se base en la jerarquía del derecho internacional sobre el interno y viceversa. Por el contrario, debiera primar cualquiera de las normas que brinde una mayor protección a los derechos del individuo, algunos le llaman la regla *pro personae*.<sup>406</sup>

En función de ello, Landa, por ejemplo, opta por reconocerles –como mínimo– una posición de rango constitucional a los tratados de derechos humanos (ya se ha

<sup>403</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007. El autor señala que la tesis de la coordinación se sustenta en la responsabilidad internacional y no postula la derogación de las disposiciones contrarias al tratado, sino su armonización que se fundamenta en la noción de un neiusnaturalismo integrador.

Salmón, por su cuenta indica con ejemplos como es que se lleva a cabo dicha coordinación. En concreto aborda la técnica del **re-envío** del derecho internacional al derecho interno (vinculada a la obligación de implementación), muy común en relación con las obligaciones de derecho internacional humanitario o en el derecho penal internacional. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho internacional de los estados*, Lima: Palestra, 2007.

<sup>404</sup> KOTZUR, Markus. “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en: HABERLE, Peter y KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Consulta: 30 de abril de 2010. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/545/4.pdf>>

<sup>405</sup> HABERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, p. 290.

<sup>406</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima: Palestra, 1999, pp. 564-565.

criticado su posición en torno al rango supraconstitucional), a partir de lo que él denomina la teoría de la razonabilidad.<sup>407</sup>

De acuerdo con la misma, el ordenamiento jurídico es un proceso social que busca encontrar soluciones justas a los conflictos de la sociedad, por ello en casos de conflictos entre normas nacionales y los tratados, prevalece la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar.<sup>408</sup>

No obstante lo mencionado, luego el ex magistrado del TC reconduce dicha conclusión a los términos del positivismo y la pirámide de Kelsen, identificando en sentido formal y material a los tratados de derechos humanos con el concepto de constitución. De otra forma no sería posible que los tratados se relacionaran con la constitución en términos de coordinación.

En efecto, el tipo de relación que existe entre el derecho internacional y el derecho constitucional puede rebasar la opción del constituyente sobre el tema, puesto que en determinados casos a pesar de haber optado por brindar un rango legal a los tratados de derechos humanos, la realidad demuestra que las relaciones entre ambas ramas del derecho se sustentan en la lógica de horizontalidad y no se invalidan entre sí.

Concorre entre ellas un vínculo basado en la lógica de armonización, en la prevalencia del principio *pro personae* antes que en la inamovilidad de reglas derivadas de dispositivos legales que no se corresponden con el contexto.

A pesar de ello, pareciera ser relevante tener clara la ubicación formal de los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes, no tanto para aferrarse a ella, pero sí para reubicar a estos instrumentos (ya sea en sentido directo o indirecto) en la pirámide como lo hace Landa; o en todo caso para indicar que una discusión sobre este punto parece más bien obsoleta, más aun cuando la configuración de las reglas jurídicas no son inamovibles y son innovadas de manera constante por los distintos actores que aplican y crean derecho.

---

<sup>407</sup> *Ibid.*

<sup>408</sup> *Ibid.*

### **3.1.4 Una crítica a la teoría del rango constitucional de los tratados**

De los argumentos mencionados se puede deducir que para el TC, la identidad material entre tratados de derechos humanos y constitución formal a la que se arriba cuando aquellos se incorporan al ordenamiento o el juez constitucional hace uso de los mismos, –los constitucionaliza– es suficiente para atribuir rango constitucional a los tratados de derechos humanos

Sin embargo, en términos positivistas, esta aseveración obvia el artículo 200,4 de la Constitución que se refiere a las normas que son objeto de control constitucional, entre ellas los tratados. Al respecto, el TC ha afirmado que esta tesis debe dejarse de lado en la medida que solo plantea el tipo de normas que son objeto de este control, lo que no significa que se determine el rango de las mismas.

El hecho que exista una identidad entre los instrumentos jurídicos mencionados no determina el rango de un tratado, aunque, como se explicó en el capítulo 2 algunos lo consideren así, en el plano de lo deseable.

En realidad este no es un asunto de primera importancia, ya que, como se verá más adelante, el rango del tratado no es determinante para establecer el uso constitucional que se le da al mismo.

Puede que el TC haya intentado justificar o fortalecer el uso de instrumentos como los que conforman el canon interamericano afirmando que tienen rango constitucional, sin embargo pierde de vista algunos elementos del propio texto constitucional.

No debe olvidarse que si los tratados han sido colocados como objeto del control de constitucionalidad, se plantea la posibilidad de que estos se asuman como normas de rango legal. En efecto, la figura de control de constitucionalidad se define a partir del principio de supremacía de la Constitución respecto de otras normas que pertenecen al ordenamiento.

Si los tratados de derechos humanos son objeto de este tipo de control, entonces existe una relación de subordinación en relación con la constitución formal. De hecho,

ello guarda concordancia con el artículo 55 del texto constitucional que establece que los tratados en materia de derechos humanos se aprueban vía resolución legislativa.

Este comentario tampoco pretende ser absoluto, de hecho también se reconoce que en el artículo 57 del texto constitucional los tratados que modifican cláusulas constitucionales deben incorporarse por el procedimiento de reforma constitucional, razón por la cual se deja abierta una posibilidad de que los tratados también ostenten este rango.

En concreto, a partir de la interpretación de los artículos 56 y 57 de la Constitución el TC y la doctrina nacional han adoptado una clasificación de los tratados internacionales, la cual se plantea de la siguiente manera:<sup>409</sup>

1. Los tratados constitucionales son aquellos que ostentan el rango máximo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento. El artículo 57 de la Constitución establece que si un tratado afecta disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.<sup>410</sup>

En ese sentido, se admite que los instrumentos que conforman el canon de convencionalidad poseen estatus de norma de rango constitucional, no obstante que el artículo 56 establece que los tratados relativos a los derechos humanos ostentan rango legal.

El rango que adquieren depende de lo señalado en el artículo 57, es decir de sin conllevan un cambio que requiere de un cambio constitucional para armonizar los contenidos del tratado con la constitución formal.

---

<sup>409</sup> LANDA ARROYO, César. Los tratados internacionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. < <http://190.41.250.173/guia/landa-2.htm>>. Consulta: 20 de febrero de 2012.

También es posible añadir las categorías de supra constitucional y tratado supralegal, aunque estas no se desprenden necesariamente de los artículos 56 y 57 del texto constitucional.

<sup>410</sup> *Ibid.*



2. Los tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas con el procedimiento de sanción de una ley más del Congreso.<sup>411</sup>

De acuerdo con la sentencia del TC, el Congreso tiene competencia exclusiva para adoptar acuerdos relativos a temas de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango legal establecidos en el artículo 56° de la Constitución.<sup>412</sup>

3. Los tratados simplificados son aprobados mediante Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo.<sup>413</sup>

De acuerdo con el TC, estos tratados son aquellos cuyas materias objeto de regulación no están contempladas en los tratados del nivel legislativo. En concreto, este colegiado mencionó que el artículo 57° de la Constitución, establece que la competencia del Poder Ejecutivo para aprobar este tipo de fuentes de derecho internacional es residual. En efecto, su competencia se configura por defecto de las materias del Congreso antes mencionadas (artículo 56 de la Constitución).<sup>414</sup>

En concreto, estos instrumentos versan sobre acuerdos arancelarios, comerciales, de inversión, servicios o de libre circulación de personas, servicios y mercaderías entre países, que son, claramente, asuntos que atañen al Poder Ejecutivo.<sup>415</sup>

Ahora bien, en concreto puede afirmarse que el rango de los tratados de derechos humanos puede ser legal o constitucional, dependiendo de si modifican o no el texto constitucional formal, o si complementan sus contenidos.

En ambos casos, los tratados podrán ser objeto de control constitucional, ya que las normas con rango de ley lo son; pero además por el hecho de que las normas de reforma constitucional, también se examinan en los procesos de inconstitucionalidad,

---

<sup>411</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 0002-2009-PI/TC, 08 de febrero de 2010, FJ. 61.

<sup>412</sup> Ídem, FJ. 87.

<sup>413</sup> Ídem, FJ. 76.

<sup>414</sup> Ídem, FJ. 75-76

<sup>415</sup> Íbid.

ello por vía interpretación extensiva del artículo 200,4 de la Constitución –realizada por el propio TC –.<sup>416</sup>

Las implicancias de esta afirmación en el uso del canon de convencionalidad se reflejan en su uso directo o indirecto. Es decir, si se afirma que todos los elementos del canon tienen rango constitucional, se podrá declarar una afectación autónoma de los tratados del SIDH de los que el Perú es parte. De otro lado, si se afirma que estos tienen rango legal, entonces el control de convencionalidad solo podrá plantearse a través de la vía indirecta.

Como quiera que fuere en la práctica los instrumentos que conforman el canon interamericano se usan más en sentido interpretativo, si se alega su rango constitucional, ello debiera ponerse en práctica; finalmente ninguno de estos elementos define el uso que el juez nacional le da al parámetro en estudio.

#### 3.1.4.1 La práctica del juez peruano

Ahora bien, la existencia de una cláusula de apertura constitucional o el reconocimiento del rango constitucional de un tratado no necesariamente tiene aplicación práctica. Es decir, estos aspectos no son determinantes para el uso constitucional de los tratados que forman parte del canon interamericano.

Así, debiera ensayarse una pregunta: si es que un determinado ordenamiento no tuviera incorporada una cláusula de apertura constitucional o si es que los tratados de

<sup>416</sup> En concreto el TC establece que es posible plantear un control constitucional de tipo formal y material, en el último de los casos por la existencia de cláusulas pétreas implícitas. Dicho control debiera plantearse únicamente en sentido formal en relación con los tratados de rango constitucional, ya que la existencia de cláusulas pétreas en el ordenamiento peruano es de algún modo discutible. Sobre el punto se señala que la Constitución no puede ser reformada en términos absolutos, sino únicamente en sentido parcial. Los derechos fundamentales, por ejemplo, son límites materiales al procedimiento de reforma constitucional.

El Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0014-2002-AI/TC, 25 de enero de 2003, FJ. 96.

derechos humanos no tuvieran rango constitucional, ¿se ubicarían los tratados como parámetro de control de constitucionalidad en los ordenamientos.

En efecto, los tratados de derechos humanos –el objeto de esta discusión está enfocado en estas fuentes de derecho internacional– y en concreto el parámetro interamericano, se comportan como un límite a los poderes del Estado, de modo que aun cuando no se les considerase bloque de constitucionalidad (conformado por normas infraconstitucionales), se comportarían de manera semejante a las normas que sí lo conforman.

De hecho, podría decirse que, sin necesidad expresa de tales dispositivos constitucionales, los órganos estatales tienen una marcada influencia proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando solo se les reconociese un rango legal en la ubicación de la pirámide y se pretendiera que la aplicación del tratado solo lo sea en términos de legalidad. En última ratio, estos tratados son también parámetro, no obstante ello, se haría necesaria la vinculación indirecta con una norma constitucional que sirva de norma controladora.

Por ejemplo, Queralt, en referencia al artículo 10.2 de la Constitución española indica que este solo aparece como un recordatorio de la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, es decir, es una mera formalidad pues su mención explícita no varía la intensidad con la que se utiliza el canon europeo de protección de derechos del individuo.

En otras palabras, si bien las cláusulas de apertura de interpretación facilitan el uso de instrumentos de derecho internacional por parte de las jurisdicciones nacionales, la efectividad interpretativa y aplicativa desborda lo que establece un dispositivo normativo<sup>417</sup>.

Estas consideraciones llevan a tener en cuenta que sin necesidad de que exista una cláusula interpretativa en el ámbito constitucional, en el ámbito interamericano se asume como obligación el contraste de la norma constitucional con la convencional.

---

<sup>417</sup> Ibid.

### 3.2 Los instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad en el ordenamiento peruano

Tal como se ha desarrollado en el capítulo 1 el canon de convencionalidad en el ordenamiento está conformado por los tratados del SIDH que ha ratificado el Estado peruano, la DADDH y la jurisprudencia de la Corte IDH (incluidas las opiniones consultivas).

En el caso de las opiniones consultivas, la justicia constitucional se siente obligada por los contenidos y desarrollo de la Corte IDH a través de dicha figura, incluso cuando estas no se refieren a casos que involucran al Estado peruano.

(...) las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25° de la Convención –en particular, la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua– y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano (...).<sup>418</sup>

Igualmente, sin ánimo de ser exhaustivos, el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra la ley N° 26937 que establece el libre ejercicio del periodismo (la colegiación no es obligatoria), recogió elementos de la Opinión Consultiva OC-5/85 para declarar infundada la demanda interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú.<sup>419</sup>

Ahora bien, en este ordenamiento también se tiene en cuenta el desarrollo que la CIDH realiza respecto de los instrumentos del SIDH. De hecho, el TC ha afirmado ello y es recurrente que en sus sentencias utilice los informes de este órgano para determinar el contenido de un derecho.

A manera de ejemplo –no tanto en sentido exhaustivo– se puede mencionar la sentencia recaída en el Expediente N° 04587-2004-AA/TC en la que se evaluó el contenido del derecho al *ne bis in idem*.

En concreto, el TC definió los elementos indicando que conforme a su jurisprudencia estos eran los siguientes: a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto; b) La

<sup>418</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0007-2007-PI/TC, 20 de junio de 2007, FJ 41.

<sup>419</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 00027-2005-AI/TC, 15 de agosto de 2006, FJ. 40.

condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme; c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena.<sup>420</sup>

Luego de ello estableció que este contenido era conforme a lo establecido por la CIDH en un informe que aborda la materia. Así señaló:

De idéntico criterio es la Comisión Interamericana de Derechos, la que, al interpretar los alcances del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que

"(...) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

1. el imputado debe haber sido absuelto;
2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme;
- y
3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.<sup>421</sup>

Como se puede observar, el TC plantea un contraste entre ambos contenidos, para luego demostrar su concordancia. En ese sentido, refleja que la interpretación del derecho al *ne bis in idem* reconocido de manera implícita en el artículo 139.2 de la Constitución, se adecua al estándar internacional de derechos humanos.

Luego de esta exposición, se puede afirmar que la inclusión de los informes de la CIDH dentro del canon de convencionalidad, le otorga a este concepto un sentido progresivo. En definitiva, este elemento va más allá de lo planteado en el capítulo 1, pues se ha optado por asumir que los informes de la CIDH no son parte del mismo.

En efecto, como se ha indicado en el capítulo 1, los informes de la CIDH no obligan a los Estados a incorporar sus criterios (elemento que sí está presente en el resto de los elementos que han sido considerados como parte del contenido del canon, tampoco gozan del carácter de interpretaciones últimas). Como quiera que fuere, el Estado tiene

<sup>420</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 04587-2004-AA/TC, FJ. 67.

<sup>421</sup> Ídem, FJ. 68.

libertad para incorporarlos como parte del canon interamericano, pero en sentido estricto y abstracto, no forman parte del mismo.

### **3.3 El objeto de control del canon de convencionalidad en el ordenamiento peruano**

Este acápite coloca de relieve que la identidad que existe entre el control de convencionalidad y control de constitucionalidad en el ordenamiento peruano genera una serie de puntos a desarrollar.

Entre ellos se encuentra la determinación del tipo de normas sobre las que se ejerce este tipo de control (a este punto se ha hecho referencias en el capítulo 1, pero también se aborda aquí).

Previamente habrá que reafirmar que en términos concretos, asumir que el control de convencionalidad en sentido directo o interpretativo es control de constitucionalidad le otorga a la primera de las figuras en relación con las normas que se encuentran por debajo, en la pirámide kelseniana, una preeminencia basada en el principio de jerarquía.

En el ordenamiento peruano, el canon interamericano no se analiza en términos del principio de primacía o de competencia (que definen las relaciones de orden legal), sino en la propia naturaleza del control de constitucionalidad, conforme al artículo 51 de la Constitución.

#### ***3.3.1 Normas con rango de ley y tratados con rango de ley***

Debido a la identidad entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, las normas objeto de control son las que establece el texto constitucional en el artículo 200, 4.

Es decir, el control de convencionalidad procede contra aquellas que se mencionan a continuación: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos

del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Cabe llamar la atención sobre el control de convencionalidad de otros tratados que poseen rango de ley (distintos a los que versan sobre derechos humanos).<sup>422</sup> Al respecto, es posible plantear dicho examen en la medida que el canon interamericano es parte del contenido de la Constitución, por lo cual puede servir de parámetro para determinar si el contenido del tratado es o no conforme al estándar interamericano.

Ahora bien, sobre estas normas, conviene señalar que el control de convencionalidad se debe realizar con los dispositivos vigentes en el ordenamiento, como con los que no lo están o han sido derogados. En efecto, tanto en el caso de control concentrado como en el caso de control difuso es posible que se invalide o inaplique una norma derogada.

De acuerdo con el TC, el concepto de derogación difiere del concepto de invalidez, en ese sentido, aun cuando una norma haya sido derogada debe y puede realizarse un control de constitucionalidad. En concreto, la línea jurisprudencial sobre la materia establece lo siguiente:

(...) se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.<sup>423</sup>

En efecto, la validez depende de que las normas guarden armonía con la Constitución, en este caso conformada por las normas reconocidas en el texto constitucional y el propio canon interamericano. Esta armonía o *subordinación* puede inferirse de los artículos 200 inciso 4 y 138 de la Constitución, ya que se define a partir del principio de jerarquía.

<sup>422</sup> En relación con otros tratados de derechos humanos, estos pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad, existe una relación de horizontalidad entre el canon y los tratados de orden legal.

<sup>423</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expediente N° 0004-2004-AI/TC, 27 de setiembre de 2004, FJ. 2

A partir de estas consideraciones se puede afirmar que el control de convencionalidad también rige sobre normas derogadas en los casos que plantea el TC peruano, ya que aun cuando no son vigentes generan situaciones contrarias al orden constitucional

### **3.3.2 Normas de rango reglamentario**

El control de convencionalidad también podría aplicarse en el ámbito de control reglamentario, de acuerdo con el artículo 200, 5 del texto constitucional. Sin embargo, el estudio se centrará en las normas de rango legal y constitucional como objeto del examen de convencionalidad.

En efecto, aquí también el canon interamericano se relaciona con las normas de orden reglamentario en términos del principio de jerarquía, razón por la cual también podrían plantearse como norma controladora de las segundas.

### **3.3.3 Normas de rango constitucional**

Si bien hasta el momento se ha mencionado que el control de convencionalidad se aplica respecto de normas con rango de ley, no se debe dejar de lado que incluso las normas constitucionales también se contrastan o articulan con el canon interamericano.

De hecho, Ferrer Mac Gregor resalta ello cuando señala que el control de convencionalidad hace posible examinar la validez de las normas de derecho interno, incluidas las constitucionales a la luz del canon interamericano.<sup>424</sup>

Respecto de esta afirmación cabe preguntarse si se adecua o no a la hipótesis con la que se viene trabajando. Para tratar de encuadrar esta figura dentro del concepto de

---

<sup>424</sup> FERRER MAC- GREGOR, Eduardo y Fernando SILVA GARCÍA. "El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional". En *X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima, 2009, pp. 1-20. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <  
<http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIAS-MESAS/MESA%201/FERRER%20MAC-GREGOR,%20Eduardo%20Mexico%20-%20El%20control%20de%20convencionalidad....pdf>>



unidad constitucional se debe recordar los aspectos trabajados en el capítulo 2 y darle lectura conjunta con lo que se señala en las líneas que siguen.<sup>425</sup>

Como se ha desarrollado anteriormente, en la lógica de la relación horizontal entre ordenamientos, no es posible plantear la superioridad de una fuente sobre otra. Más aun ello debe plantearse así, si se trata de mantener la armonía de un ordenamiento en el que se establece como norma máxima a la Constitución.

Así, se debe interpretar, como se ha afirmado en el capítulo 2, que el concepto de constitución en realidad incorpora también a otro tipo de normas, de diferente fuente.

En efecto, el artículo 51 de la Constitución de 1993 señala que es esta la norma máxima del ordenamiento. Al respecto habría que afirmar que a la luz del pluralismo y modelo de Estado Cooperativo, la Constitución como concepto se adecua a los mismos.

Esto guarda concordancia con el concepto de “coordinación” entre los ordenamientos. Para el TC es esta la alternativa adoptada por el ordenamiento peruano respecto de la relación con el derecho internacional.

De acuerdo a esta tesis “no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración”.<sup>426</sup>

No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y **de construcción jurisprudencial**, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho constitucional nacional.<sup>427</sup>

<sup>425</sup> HÄBERLE, Peter. "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica". En PÉREZ LUÑO, Antonio (coordinador). *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 156.

<sup>426</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 00679-2005-AA/TC, 25 de mayo de 2007, FJ. 35.

<sup>427</sup> Ídem, FJ. 36. Asimismo, Landa respalda ello a partir de algunas reflexiones sobre la protección de los derechos del individuo. De acuerdo con ella, no se postula la derogación de las disposiciones constitucionales contrarias al tratado, sino su armonización fundamentándose en un neoiusnaturalismo integrador. LANDA ARROYO, César. Op. Cit., p. 141.

En efecto, esta posición se refuerza en el caso Castillo Chirinos en el que el TC menciona que la relación entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos no se define en términos de jerarquía sino en una relación de cooperación, a partir del criterio de interpretación *pro personae* de los derechos fundamentales.<sup>428</sup>

En ese sentido, la relación entre la Constitución y el control de convencionalidad se reconducirían por la vía interpretativa. Es decir, el examen de convencionalidad respecto de la norma constitucional no estaría basado necesariamente en el principio de jerarquía, sino en la lógica de coordinación, horizontalidad y diálogo.

Por otro lado, si el canon interamericano se considera “Constitución”, entonces se puede establecer, al amparo de los criterios de interpretación constitucional, la manera de articular una interpretación que armonice todas las disposiciones constitucionales, para lo que se ha reconocido a los principios de unidad y concordancia práctica.

El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación.<sup>429</sup>

Así, respecto de la norma de rango constitucional incompatible con la CADH es posible, al menos, hacer una interpretación sistemática y unitaria de lo que se considera Constitución, si lo que se quiere es no entrar en contradicción con el parámetro interamericano.

---

<sup>428</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2730-2006-PA/TC, 27 de julio de 2006, FJ. 15-16.

<sup>429</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 5854-2005-AA/TC, 08 de noviembre de 2005, FJ.12; y diversas sentencias: STC 1797-2002-HD/TC, publicada el 30 de setiembre de 2003, FJ 11; STC 0008-2003-AI, publicada el 12 de diciembre de 2003, FJ 5; entre otras.

En el mismo sentido, si se aplica el principio de concordancia práctica al momento de contrastar el canon interamericano con la norma constitucional podremos establecer una interpretación que optimice el contenido de los derechos y principios constitucionales.

Luego, será posible afirmar que la norma constitucional se ha dotado de contenido a la luz del canon interamericano, o se ha reinterpretado a la luz del mismo. En fin de cuentas se tratará de una tarea interpretativa.

En líneas generales, esta es la manera de entender que los tratados de derechos humanos no están por encima de la Constitución formal y de armonizar la relación entre normas en ordenamientos en los que se considera a la Constitución como máxima norma del ordenamiento estatal.

En el ordenamiento peruano, de una interpretación sistemática del texto constitucional y del artículo 1 de la Ley Orgánica del TC se concluye que este es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, es decir, el máximo intérprete de la Constitución.

Como tal, no se encontraría subordinado frente a un poder estatal, ni a algún tribunal internacional que tiene un ámbito de competencia distinto al de un juez constitucional (el control de convencionalidad aquí no adquiere el matiz del control de convencionalidad en sede interna, en la medida que este se convierte o integra al examen de constitucionalidad).

Como máximo intérprete, el juez tiene la libertad de utilizar el canon interamericano y darle el significado más protector en la medida que éste forma parte de lo que se considera directa o indirectamente unidad constitucional.

A partir de esta premisa, se debe buscar un punto de equilibrio que se basa en el margen de prudencia. Sobre el mismo, los jueces nacionales tienen cierto margen decisorio respecto del canon interamericano a aplicar en sus fallos.

De hecho cuando una norma es declarada inconvencional lo que ocurre es un **re-envío** desde el ámbito internacional hacia el ordenamiento nacional, ya que es en este espacio en el que se toman las medidas necesarias para adecuar derecho interno a los estándares derecho internacional (este es el caso de estudio).

Ahora bien, existen otros ejemplos de diálogo entre jurisdicciones. Se puede mencionar a la figura de la cuestión prejudicial, propia de órganos judiciales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

La cuestión prejudicial permite a las jurisdicciones nacionales, que tienen que aplicar el derecho comunitario a un litigio nacional, interrogar al TJCE sobre la interpretación o validez del derecho de la integración.<sup>430</sup>

El planteamiento de esta figura puede ser obligatoria (y se impone a los órganos jurisdiccionales que se pronuncien en última instancia) o facultativa (la puede plantear cualquier órgano jurisdiccional).<sup>431</sup> Los efectos del pronunciamiento del TJCE son vinculantes. Sin embargo, a diferencia de los fallos de tribunales como el TEDH o la Corte IDH cuya jurisprudencia admite un margen de apreciación, el pronunciamiento del TJCE impone la regla de la uniformidad (es decir, no se plantea como mínimo).<sup>432</sup>

### 3.3.1.1 Un ejemplo práctico: El artículo 140 de la Constitución de 1993

En el ordenamiento peruano, el artículo 140 de la Constitución establece que la pena de muerte se aplica por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo.

---

<sup>430</sup> LEÓN JIMÉNEZ, Rosario. *Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Consulta: 02 de febrero de 2012, <[http://www.dbtlex.com/V2/publicaciones/pdf/articulo\\_prejudicial.pdf](http://www.dbtlex.com/V2/publicaciones/pdf/articulo_prejudicial.pdf)>

<sup>431</sup> Artículo 234 del Tratado de Creación de la Comunidad Europea. Este dispositivo a la letra señala lo siguiente: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

<sup>432</sup> QUERALTA JIMENEZ, ARGELIA. *La interpretación de los derechos. Del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Op. Cit., p. 100.

El contenido de este dispositivo incorporó dos nuevos supuestos no existentes mientras se encontraba vigente la Constitución de 1979, que en el artículo 235 proscribía la pena de muerte a excepción del caso de traición a la patria en caso de guerra exterior: terrorismo y guerra interna.

Sin embargo, debido al mandato de la CDFT, el artículo 140 debía interpretarse en concordancia, sistematicidad y unidad con el dispositivo que protege el derecho a la vida (aquí habría un uso indirecto del artículo 4.2 de la CADH).

Si bien hay posibilidades de interpretarlo en diversos sentidos, no todas las interpretaciones serán válidas, ya que se debe tener en cuenta los límites impuestos por el canon interamericano.

En concreto, el artículo 4.2 de la CADH impone una prohibición de ampliar los supuestos de pena de muerte. De ello se desprende que si en el momento en que se ratificó la CADH había un determinado grupo de supuestos de pena de muerte; asumida la obligación internacional no se podría incorporar o sumar otros a los ya establecidos.

En la sentencia del TC recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, se indicó que el artículo 140 de la Constitución debía estar “condicionado a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N° 14/94, del 9 de diciembre de 1994”.<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. recaída en expediente N° 0010-2002-AI/TC, 04 de enero de 2003, FJ.181 y ss. La mención a la Opinión Consultiva no necesariamente era la más adecuada, pues aunque se planteó por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la modificación de los supuestos de pena de muerte en la Constitución peruana de 1993, la resolución de la Corte no necesariamente involucró una interpretación del artículo 140 de la Constitución. Y es que la Corte IDH en esta ocasión no analizó el supuesto de fondo que suponía contrastar el artículo 4.2 de la CADH con el dispositivo constitucional, pero sí hizo mención al hecho que la consulta de la CIDH versaba “sobre las obligaciones y responsabilidades de los Estados e individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la Convención”. 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, párrafo 24.

Esta interpretación ha sido desarrollada de manera más amplia en un proceso de hábeas corpus resuelto en el año 2007. En el fallo recaído en el expediente N° 0489-2006-PHC/TC se ha señalado que la pena de muerte solo puede aplicarse en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior.

De acuerdo con el artículo 4, inciso 2 de la CADH, la pena de muerte no podía extenderse a delitos a los cuales no se le hubiera aplicado al momento de la ratificación de la CADH.

Es preciso señalar que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos fue aprobada mediante Decreto Ley 22231, publicado el 12 de julio de 1978. A partir de la vigencia de la Constitución de 1979, conforme a su artículo 235°, nuestro ordenamiento sólo contemplaba la pena de muerte para los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Así, conforme al precitado artículo de la Convención Americana, nuestro país no puede aumentar los supuestos en los que se contemple la aplicación de la pena de muerte. La extensión de estos supuestos implicaría una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>434</sup>

Tácitamente este criterio es conforme al que ha señalado la Corte IDH en el caso *Raxcacó vs. Guatemala* del año 2006. En el caso en mención se evaluó si el Estado guatemalteco había ampliado los supuestos de pena muerte previstos en el ordenamiento al momento de ratificarse la CADH.<sup>435</sup>

En concreto, este es un caso en que el contenido de la norma constitucional se restringe en la medida que es incompatible con el canon interamericano. No se ha expulsado la norma en cuestión, pero ha tocado armonizar el texto constitucional formal con el canon interamericano.

Este ejemplo permite graficar el examen de convencionalidad entre la CADH y una norma constitucional. Aquí parece que el canon es mas un elemento interpretativo que

---

<sup>434</sup> STC recaída en expediente N° 0489-2006-AA/TC, publicada el 25 de mayo de 2007, FJ. 20.

<sup>435</sup> En concreto, se trataba del delito de secuestro y la pena de muerte. Al momento de ratificarse la CADH, la legislación tenía prevista esta sanción para los casos de secuestro seguido de muerte, luego la legislación se modificó hasta en tres oportunidades. En la última de ellas, se estableció la pena de muerte como única sanción aplicable a los autores materiales o intelectuales del delito de secuestro. En ese sentido, el objeto de protección del delito sancionado con pena de muerte pasó de ser el derecho a la vida al derecho de libertad individual.

ayuda a determinar uno de los contenidos plausibles para la norma, que un examen de convencionalidad en términos de aplicación directa.

Ambas normas constituyen un espectro insoluble, ya que ambas son parte de la constitución formal. La sistematicidad entre ellas determina el contenido progresivo en aras de la protección de los derechos de los individuos, sin que se invalide una u otra al momento de articularse.

En líneas generales, se trató de un fallo interpretativo de la propia disposición constitucional que trató de articular, sobre la base del concepto de unidad, el contenido del artículo 140 en consonancia con el resto de dispositivos que forman parte del concepto de Constitución.

### **3.3.4 Las omisiones legislativas**

En el ordenamiento peruano no se ha establecido de manera expresa la figura de control de omisiones legislativas. Sin embargo, por la vía jurisprudencial se ha reconocido que el TC tiene potestad para determinar la existencia de las mismas y emitir un fallo en ese sentido.

En efecto, el TC ha señalado que es necesario realizar un control de las omisiones legislativas. Ello se debe a motivos diversos, entre los que se encuentran la fuerza normativa de la Constitución, su aplicación inmediata, la inexistencia de zonas exentas a la fuerza normativa de la Constitución y al control constitucional de orden constitucional, el rol que ejercen los jueces nacionales en términos políticos y jurídicos, la obligación de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”.<sup>436</sup>

Asimismo, las omisiones legislativas fueron clasificadas por el propio TC en: a) absolutas, b) relativas, c) explícitas, d) de configuración jurisprudencial.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0006-2008-PI/TC, 07 de agosto de 2008, FJ. 41. Otro fallo en el que se analiza la omisión constitucional es el recaído en el expediente N° 0014-2007-PI/TC, 11 de mayo de 2009.

<sup>437</sup> *Ibid.*

A. Absolutas: Se definen como los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución.<sup>438</sup>

B. Relativas: Ocurren en el caso en que una ley constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio” para un grupo determinado.<sup>439</sup>

C. Explícitas: Se refieren a los mandatos constitucionales explícitos de legislar dirigidos al legislador.<sup>440</sup>

D. De Configuración jurisprudencial: La omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial que permite constatar que determinados contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa.<sup>441</sup>

Dado que el control de constitucionalidad se identifica con el control de convencionalidad, entonces es posible afirmar que este último también se establece como parámetro controlador de dichas omisiones, en cualquiera de sus manifestaciones.

Así, el control de convencionalidad en relación con la omisión legislativa, promueve la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales a través de un fallo que de cuenta del vacío normativo y su incompatibilidad con el canon interamericano.

Por otro lado, conviene señalar que otra manera de promover el control de convencionalidad de las omisiones legislativas se concretiza a través de la figura del “estado de cosas inconstitucional”. Como ya se ha señalado, en el capítulo 2, esta figura se plantea en el marco de los procesos constitucionales de la libertad y ha sido adoptada por la justicia constitucional peruana a manera de práctica jurisprudencial.

Es decir, a partir de un caso en concreto en el que una omisión legislativa vulnere algún derecho de naturaleza fundamental, el juez constitucional podrá establecer que

---

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> *Ibid.*

<sup>440</sup> *Ibid.*

<sup>441</sup> *Ibid.*



dicha omisión afecta al individuo parte del proceso, pero también tendrá la potestad de exhortar a la autoridad correspondiente para la emisión de una norma que regule el vacío inconstitucional.<sup>442</sup>

### 3.4 Control de convencionalidad: ¿Uniformidad o conformidad en términos de no contradicción - armonización?

Un tema a revisar en este capítulo es la intensidad con la que el canon interamericano influye en el ordenamiento peruano. Si el control de convencionalidad se traduce un ejercicio que busca determinar la compatibilidad de la norma interna, se debe establecer si los estándares del canon interamericano significan armonización o uniformidad (conformidad en sentido estricto)

Queralt y Saiz Arnaiz señalan que en realidad dicho concepto debiera entenderse en el primero de los sentidos, en la medida que los sistemas de protección de derechos humanos tienen como característica principal la subsidiariedad. Autores como Grabarczyk reiteran que armonización y compatibilidad son sinónimos. En efecto, señala lo siguiente:

El control de convencionalidad que realizan los tribunales nacionales es un examen de compatibilidad y no un control de conformidad en sentido estricto. Siempre que se cumplan es estándar mínimo de la Convención, "las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas para la aplicación de sus obligaciones convencionales".<sup>443</sup>

De similar posición es J-F. Flauss, quien indica que la conformidad en sentido estricto (uniformidad) implicaría un examen de adecuación de la legislación tan estricto que no encaja en los sistemas de protección de derechos del individuo en el que los Estados gozan de libertad para elegir los medios de cumplimiento de las obligaciones.<sup>444</sup>

---

<sup>442</sup> *Ibíd*

<sup>443</sup> GRABARCZYK, Katarzyna. "Dialogue des juges: éléments d'analyse Propos introductifs". INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME. *Cahiers de l'IDEDH*. Montpellier, N° 11, 2007, p. 32. Consulta: 24 de mayo de 2010. <[http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf\\_Cahiers\\_IDEDH\\_11.pdf](http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf_Cahiers_IDEDH_11.pdf)>. La autora también cita a SUDRÉ, Frederic. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 200.

<sup>444</sup> FLAUSS, Jean François. Op. Cit. p. 722.

Entonces, armonización es sinónimo de “no contradicción”, es decir, la conformidad no implica la exigencia de uniformidad de respuesta por parte de los Estados ante situaciones semejantes, por el contrario, busca que las autoridades brinden respuestas acordes con lo que Queralt llama “*acquis conventionnel*”.<sup>445</sup>

El SIDH, como se ha señalado, tiene un carácter subsidiario, que se desprende del preámbulo de la CADH y el artículo 1.1 del mismo texto. De hecho, la subsidiariedad<sup>446</sup> se materializa a través de la “no contradicción” en sentido laxo (no uniforme), ya que admite plantear distinciones sobre el contenido de los derechos a nivel interno.

Ahora bien, también puede afirmarse que la lógica de armonización se sustenta en el principio de complementariedad que rige el diálogo entre jurisdicciones o entre ordenamientos: la constante interacción lleva a los jueces nacionales a incorporar los estándares internacionales al ordenamiento y adecuar el derecho interno conforme a esos mínimos, mientras que el juez interamericano se encarga de recoger los avances en contenidos de los derechos y plasmarlos a fin de que los Estados los tengan en cuenta.<sup>447</sup>

Sentado este punto, hablar de identidad de contenidos antes que en términos de armonización o “no contradicción” supone admitir la existencia de una única respuesta ante los conflictos en los que estén implicados los derechos del individuo, cuestión que quita libertad de medios a los Estados.<sup>448</sup>

En efecto, en un discurso de Álvaro Tirado, ex miembro de la CIDH, ante la OEA se ha señalado que el SIDH funciona en la lógica de armonización y compatibilidad, reconociéndose que existe un margen de libertad para los Estados en la interpretación de las disposiciones de la CADH y la aplicación del contenido elegido.

---

<sup>445</sup> QUERALT, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 107.

<sup>446</sup> Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>447</sup> Es importante señalar que el diálogo entre ordenamientos nacionales y el derecho internacional no es una demostración aislada de la interacción que ocurre entre estos. Antes bien, se trata de una exigencia derivada de la humanización del derecho internacional y de la globalización del Derecho.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. “Reflexiones sobre un derecho internacional del futuro”. *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al profesor Santiago Benadava*, tomo I, Santiago, pp. 381 y ss.

<sup>448</sup> GRABARCZYK, Katarzyna. Loc. Cit.

Sin perjuicio de la autonomía de los ordenamientos jurídicos domésticos, la mayoría de las fuentes apuntan a imponer la compatibilidad entre el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.

Para que esta armonización sea posible, es necesaria la aplicación del criterio hermenéutico del principio *pro homine*, en virtud del cual el derecho debe estar a favor del individuo. Es decir que, frente al reconocimiento de derechos, se debe acudir a la norma más amplia y a la interpretación más favorable e, inversamente, cuando se trata de restringir el ejercicio de un derecho o de suspendersele de manera extraordinaria.<sup>449</sup>

Así, el autor afirma que tanto los tratados como la jurisprudencia no necesariamente se aplican o interpretan en los términos en que los plantea el tribunal internacional, ello atendiendo a la diversidad, el pluralismo y la subsidiariedad del SIDH. Es decir, no se proclama la uniformidad, sino la conformidad en términos de no contradicción.

Un tratado como la CADH no reclama la adopción de las mismas normas constitucionales o legales, o de una misma interpretación para ellas por parte de los Estados parte de este tratado y del resto que forman parte del canon interamericano. En efecto, una completa armonización por parte de los ordenamientos nacionales supondría que estos se contentan con estándares mínimos y comunes que vienen impuestos por normas internacionales.

Ahora bien, de ninguna manera podría establecerse un significado inferior al mínimo que establece el canon, pero estaría en libertad de identificar o construir un contenido que se encuentre por encima de lo que se ha establecido en el marco de los tratados del SIDH y la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte IDH como supremo intérprete de los convenios que forman parte del SIDH y están bajo su competencia ya sea en sede contenciosa o consultiva.

Por otro lado, conviene señalar que al establecerse que la compatibilidad es sinónimo de “no contradicción”, debido al margen de libertad que tienen los Estados para aplicar el canon interamericano, la Corte IDH de alguna manera valorará la alternativa elegida por el Estado para determinar si se vulneró o no el parámetro en mención.

---

<sup>449</sup> TIRADO MEJÍA, Álvaro. *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Consulta: 15 de agosto de 2010. <[http://www.oas.org/juridico/spanish/alvaro\\_tirado\\_mejia.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/alvaro_tirado_mejia.htm)>

El uso del canon interamericano –entendido como regla de no “contradicción”– incide en la forma en que se deben resolver los casos por parte de la Corte IDH. Cada situación o caso se evalúa en el marco de sus circunstancias, con lo cual la aplicación del canon por parte del tribunal internacional requiere cierta flexibilidad que solo se consigue si se entiende la aplicación del parámetro controlador en los términos planteados.

### 3.5 Los efectos de la declaratoria de inconvencionalidad-inconstitucionalidad en el ordenamiento peruano

Sagüés refiere que el control de convencionalidad es asimilable, en sus efectos, al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos *inter partes*. De hecho, ello se desprendería de una interpretación literal de las sentencias de la Corte IDH.<sup>450</sup>

Sin embargo, también señala que si bien a la Corte IDH le basta que el examen de convencionalidad traiga como consecuencia la mera inaplicación de la norma, si el órgano de control de constitucionalidad que realiza control concentrado utiliza el canon interamericano dentro de un proceso de esta naturaleza, ello no entraña un problema para el SIDH.<sup>451</sup>

Dado que se ha afirmado que en el ordenamiento peruano el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad, entonces habría que establecer sus efectos.

El uso del canon en el ordenamiento y los efectos que genera frente a una inconvencionalidad, son en la práctica los mismos que aquellos que se derivan del modelo de control de constitucionalidad del sistema peruano: el control de convencionalidad es *in abstracto* o difuso.

---

<sup>450</sup> SAGÜÉS, Néstor. “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”. *La Ley*, 2009-B, 19 de febrero de 2009.

<sup>451</sup> *Ibid.*

En efecto, el modelo de control de constitucionalidad del ordenamiento peruano es dual (o unitario en la medida que el máximo intérprete de la Constitución es el TC y la fuerza de sus fallos vinculan a todos los poderes del Estado), es decir, en él se reconoce a la vez el sistema de control difuso y el sistema de control concentrado ex post.<sup>452</sup>

En ese sentido, todos los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución, interpretarla y determinar la inconstitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada norma. Lo único que varía entre ambos modelos de control constitucional son los efectos de la declaratoria de una inconstitucionalidad, tal como se ha afirmado en el capítulo 2.

En la práctica todos son jueces constitucionales y son estos quienes atribuyen al canon interamericano un uso constitucional ya sea que se trate de un proceso ordinario de naturaleza civil o un proceso constitucional como los de habeas corpus, amparo o inconstitucionalidad.

Del mismo modo, dependiendo de quién aplique el canon interamericano o de las circunstancias en que se haga, los efectos del control de convencionalidad podrán variar, es decir, estos pueden ser: a. *inter partes*, como resultado de un ejercicio de control difuso, o b. *erga omnes*, como resultado de un proceso de control concentrado.

No obstante lo mencionado, los efectos del control difuso pueden llegar a generar efectos similares a los de un proceso de control concentrado.

Como ya se ha señalado en el capítulo 2, los conceptos de doctrina constitucional, precedente vinculante y estado de cosas inconstitucional permiten dotar a los fallos emitidos en los procesos constitucionales de la libertad de efectos *ultra partes*, es decir, que van más allá de las partes involucradas en el proceso y que se aplican a futuro.

Igualmente, en el sistema de justicia ordinario la figura del pleno jurisdiccional, reconocida en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permitiría inaplicar una norma de manera generalizada, si es que en el precedente la Corte Suprema

---

<sup>452</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Loc. Cit.

establece que aquella debe inaplicarse por inconstitucional o reinterpretarse conforme al texto constitucional.<sup>453</sup>

Más allá de estas consideraciones, se ha mencionado que el papel del canon interamericano y el del canon constitucional no solo generan la inaplicación o invalidez de una norma, ya que estas son decisiones de última ratio; antes de ello, el juez está obligado a utilizar dichos parámetros e interpretar los dispositivos nacionales conforme a los mismos, pues se presume la constitucionalidad o convencionalidad de la norma.

### ***3.5.1 Control de convencionalidad difuso en un proceso judicial ordinario***

Si fuera un juez ordinario el que utiliza el canon interamericano al momento de resolver un caso concreto, ya sea por vía directa o indirecta, el control de convencionalidad se identificará con el control difuso. Conforme al artículo 138 de la Constitución, el resultado será la inaplicación de la norma inconventional al caso concreto.

Ahora bien, las referencias al control difuso de convencionalidad en el ordenamiento peruano las ha realizado el TC de manera reciente, pero con relación a una norma parámetro distinta, proveniente del sistema universal de protección de los derechos humanos. No obstante ello, el abordaje de este tema es importante porque permite establecer las mismas reglas para el uso del canon interamericano como parámetro controlador.

En concreto, el fallo recaído en el expediente N° 0024-2010-PI/TC analiza, de manera conexas a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1097 y el contenido de la Resolución Legislativa N° 27998 que ratificaba la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

El artículo 1.1 de la resolución legislativa establecía que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra N° 27998 y de los Crímenes de Lesa Humanidad regía para los crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor

---

<sup>453</sup> Nótese que los plenos jurisdiccionales además de nacionales, también pueden ser regionales y locales.

para el Perú. De acuerdo con esta cláusula, la Convención no era aplicable a los casos previos a dicha ratificación.

En la sentencia se hace referencias al deber del juez ordinario de aplicar control de convencionalidad. Al respecto, se ha establecido que todos los jueces penales tienen la obligación de aplicar control difuso sobre la resolución legislativa N° 27998 debido a su inconstitucionalidad.

(...) Aunque el TC no pueda expulsar del orden jurídico el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998 —conexo al mandato previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1097—, pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo., habiéndose advertido su inconstitucionalidad, y siendo este Colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del CPCo., a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico.<sup>454</sup>

En ese sentido, el dispositivo en mención dejaba de lado la característica de imprescriptibilidad de los crímenes —una norma con naturaleza de *jus cogens* de origen previo a la adopción del tratado— que ha recogido en la mencionada convención.

El TC analizó la resolución legislativa N° 27998 concluyendo que esta era inconstitucional, aunque no pudo declarar su expulsión porque al momento en que se presentó la demanda ya había transcurrido el periodo máximo de tiempo que el Código Procesal Constitucional establece para la interposición y procedencia de una acción de inconstitucionalidad.

Así, estableció que los jueces tenían el deber de inaplicar la norma en mención, en la medida que la resolución legislativa atentaba contra el canon de constitucionalidad —en este caso, compuesto por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad— en los siguientes términos:

---

<sup>454</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0024-2010-PI/TC, 21 de marzo de 2011, FJ. 78.

La declaración aludida contraviene el objeto y fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de guerra, toda vez que este instrumento establece, en su artículo I, que los crímenes señalados “son imprescriptibles, *cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*” (énfasis agregado).<sup>455</sup>

En efecto, el hecho que el Estado peruano haya limitado la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Convención (9 de noviembre de 2003), generaba un incumplimiento de las obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes.

Por otro lado, al igual que el artículo 6.4 y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1097 (estos sí fueron declarados inconstitucionales)<sup>456</sup> la Resolución Legislativa N° 27998 también atentaba contra el canon interamericano en relación con la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

De hecho se hace mención a los fallos de la Corte IDH relacionados para justificar la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del Decreto Legislativo N° 1097. Así, el TC, citando la sentencia *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, estableció que dicho dispositivo era un obstáculo que impedía cumplir con el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.<sup>457</sup>

No obstante lo mencionado, el contraste y examen de convencionalidad de la resolución legislativa se centran en identificar a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

---

<sup>455</sup> Ídem, F.J. 74.

<sup>456</sup> La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1097 señalaba lo siguiente: “Para efectos procesales, precisas de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa N° 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 09 de noviembre de 2003, conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención”.

Por su parte, el artículo 6.4 del Decreto Legislativo N° 1097 establecía: “El sobreseimiento parcial que se regula en el inciso 6.2 del presente artículo, no sobresee delitos sino a procesados sometidos con exceso a investigación penal, por lo que faculta al órgano jurisdiccional a continuar la investigación penal contra otras personas, respetando las reglas de prescripción de la acción penal, según la ley penal aplicable a la fecha de ocurrencia de los hechos a investigar.

<sup>457</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0024-2010-PI/TC, FJ. 55. Ver también: Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párrafo 131.

El TC también citó el fallo *La Cantuta vs. Perú*, para referirse al carácter de norma consuetudinaria de la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, FJ. 62.



como la norma controladora a tener en cuenta para el ejercicio del control difuso que deben llevar a cabo los jueces penales.

Luego de todo lo mencionado, el TC indicó que el ordenamiento interno debía adecuarse a estos estándares, eliminar los efectos de las normas conexas del Decreto Legislativo N° 1097, aun cuando formalmente sigan perteneciendo al sistema jurídico peruano.

El mandato del TC, en la práctica conllevará consecuencias generales, ya que al establecerse como regla la inaplicación de la resolución legislativa N° 27998, los resultados serán semejantes a los de una invalidación de la norma en mención.

En general, la mención a este fallo permite afirmar que el ejercicio de control de convencionalidad difuso que se basa en las normas que conforman el canon interamericano sigue siendo un ejercicio implícito sobre la materia; incluso el propio TC para el caso de análisis no ha definido el concepto de control de convencionalidad, aun.

Asimismo, conviene señalar que se ha encontrado un ejemplo en el que se explicita el ejercicio de control de convencionalidad (aunque de manera innominada) y que data del año 1996. Podría haber otros, pero no se ha accedido a esa información. Como quiera que fuere el caso es emblemático.

En concreto, puede hacerse referencia a la resolución del 15 de junio de 1995, emitida por la Jueza Antonia Saquicuray, en el marco de las investigaciones iniciadas por el 16° Juzgado Penal de Lima (dirigido por la jueza en mención) a los miembros del grupo Colina, acusados por la Fiscal de la Cuadragésima Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima, Ana Cecilia Magallanes, como los autores de la matanza de Barrios Altos.

A través de la resolución, la magistrada hizo un pronunciamiento de oficio frente a la entrada en vigencia de la Ley N° 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, violaciones a los derechos humanos entre 1980 y 1995. Dicha norma impedía que el proceso por el caso Barrios Altos siguiera su curso en sede ordinaria y de hecho, se emitió con dicha

finalidad, ya que el reclamo de la justicia militar por la competencia del proceso había sido infructuosa.

Amparándose en el artículo 138 del texto constitucional, la jueza declaró inaplicable al caso concreto, la ley de amnistía, ya que esta atentaba contra la constitución y los tratados de derechos humanos, en específico contra los artículos 8 y 25 de la CADH. En ese sentido, la investigación por el caso Barrios Altos continuó su curso.

Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada, es necesario advertir que ésta resulta incompatible con las normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados partes, – entre ellos el Perú–, tiene la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que contravienen (...) el artículo ciento treintinueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional, **garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo inciso primero y artículo veinticinco inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la Garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona**; en consecuencia el dispositivo legal In Comendo al suprimir la protección jurídica de estos Derechos Fundamentales viola las normas Constitucionales ya glosadas.<sup>458</sup>

El párrafo de esta resolución demuestra que a mediados de la década del noventa, la jueza realizó un examen de convencionalidad que le llevó a inaplicar la ley de amnistía por ser contraria al canon de constitucionalidad (conformado también por el canon de convencionalidad) sin que haya existido un pronunciamiento de la Corte IDH o del máximo intérprete de la justicia constitucional sobre el deber de contraste de convencionalidad con el que deben cumplir los jueces.

Es decir, en su condición de juez ordinario, la señora Saquicuray, asumió que el examen de convencionalidad era un deber derivado de la propia naturaleza de los

---

<sup>458</sup> Resolución del Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, Exp. N° 93-95, Lima, 16 de junio de 1995. El subrayado es propio.

instrumentos internacionales (en efecto, no se trata de una construcción jurisprudencial o pretoriana de la figura del siglo XXI). Los sucesos posteriores a este pronunciamiento, son de sobra conocidos:

1. La emisión de la ley N° 26492 (2 de julio de 1995) de interpretación de la ley de amnistía. En dicho dispositivo se estableció que la amnistía *no es revisable en sede judicial* (artículo 2), y que es *de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales* (artículo 3).
2. La Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, abdicando del ejercicio de sus funciones y deberes jurisdiccionales, indicó que las leyes de amnistía no eran contrarias a la Constitución, motivo por el cual archivó definitivamente el proceso del caso Barrios Altos.<sup>459</sup>
3. Se inició un proceso ante el SIDH (CIDH y Corte IDH), que concluyó con la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado peruano por la emisión de leyes de autoamnistía, debido a su incompatibilidad con los artículos 8 y 25 de la CADH, así como por el comportamiento de las autoridades que pudieron no emitir la cuestionadas normas o en el mejor de los casos inaplicarlas.

En líneas generales, puede afirmarse que el control de convencionalidad difuso en el ordenamiento peruano no resulta novedoso, pero también es cierto que han existido y se vienen generando retrocesos en la aplicación de este tipo de examen normativo.

---

<sup>459</sup> Resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 424-95, Lima, 14 de julio de 1995. Uno de los considerandos de esta resolución estableció lo siguiente: “Que, del mismo modo, cuando se trata de la aplicación de una Ley del Congreso que amnistía por razones de Estado, al personal militar, policial y civil

con abstracción de todo caso concreto de las responsabilidades directas o derivadas con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde el mes de mayo de mil novecientos ochenta hasta el catorce de junio de mil novecientos noventicinco, el criterio del Juez debe sujetarse al principio de la separación de funciones entre los Poderes del Estado, y siendo ello así, el Poder Judicial, respetando potestades ajenas no tiene injerencia en el ejercicio de las que son propias del Congreso Constituyente Democrático y del Ejecutivo, máxime cuando en el caso en concreto, las disposiciones de la Ley de Amnistía que deben aplicarse a los procesados de autos, no transgreden la Norma Constitucional ni los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, pues estos últimos, reconocen incluso expresamente el beneficio de la amnistía a favor de los condenados a muerte, conforme lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en sus artículos seis, inciso cuatro; y cuarto, inciso seis, respectivamente”.

No obstante ello, este tipo de recuentos sirven para afirmar que el cumplimiento de la obligación de llevar a cabo un examen de convencionalidad por parte de la judicatura ordinaria es un deber que no debe soslayarse.

### ***3.5.2 Control de convencionalidad difuso en un proceso constitucional de la libertad***

En la medida que el canon interamericano pertenece al contenido de la Constitución de 1993, el control de convencionalidad también se hace patente cuando se protegen los derechos constitucionales a través de los procesos constitucionales de la libertad.

Es posible plantear a través de los procesos de hábeas corpus, amparos o habeas data demandas contra normas cuando:

1. Se trate de casos en los que a la ley se le atribuye eficacia inmediata o autoaplicativas, es decir, que no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa.
2. Se trate de casos vinculados con normas heteroaplicativas cuya eficacia y, por tanto, eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación o a la amenaza inminente de que estos se lleven a cabo.<sup>460</sup>

Frente a estas situaciones, el juez constitucional podrá ejercer control difuso e inaplicar la norma porque se afecta el concepto amplio de Constitución, siempre que no sea posible una interpretación conforme a la Constitución.

Aunque la Constitución de 1993 señala en su artículo 200° inciso 2°, que no procede el amparo contra normas legales, ello sí es posible conforme a la jurisprudencia del TC y al Código Procesal Constitucional.

---

<sup>460</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0024-2010-PI/TC, FJ. 55.

Este órgano jurisdiccional ha señalado que la restricción de dicho artículo no puede ser entendida en forma absoluta y admite excepciones, puesto que de optarse por una interpretación literal se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario.<sup>461</sup>

De acuerdo con el TC, procede iniciar un proceso de amparo contra normas legales autoaplicativas, es decir, contra aquellas que por su sola vigencia pueden afectar la esfera de derechos del individuo. Dentro de sus consideraciones indica lo siguiente:

“sí procede el amparo directo contra normas y, desde luego, contra las de fuerza de ley, cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, aquellas cuya eficacia no se encuentra sujeta a la realización de actos posteriores de aplicación, sino que la adquieren al tiempo de entrar en vigencia. En tales casos, y siempre que éstas normas afecten directamente derechos constitucionales, el amparo procede”.<sup>462</sup>

Por su parte, las normas heteroaplicativas no pueden ser cuestionadas a través de un proceso de amparo por su sola existencia, pero esta vía se habilitará siempre que la víctima enfrente una amenaza inminente de aplicación de la norma o un acto real que se basa en una interpretación arbitraria o inconstitucional del dispositivo legal<sup>463</sup>; en todo caso, la sola vigencia de esta norma puede cuestionarse vía control abstracto.

Al respecto, autores como Abad establecen que las normas heteroaplicativas no pueden ser cuestionadas a través de los controles constitucionales de la libertad, pero admite que el amparo procede contra actos o amenazas de realización de actos

---

<sup>461</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2308-2004-AA/TC, 15 de setiembre de 2005, FJ. 5-8.

<sup>462</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0830-2000, 21 de agosto de 2001, FJ. 2.c ; Sentencia recaída en expediente N° 02823-2008-AA/TC, 29 de enero de 2009, FJ. 2.

<sup>463</sup> *Ibid.* Sobre la amenaza inminente el TC ha señalado: “si se trata de una alegación de amenaza de violación, ésta habrá de ser cierta y de inminente realización. Cierta, ha dicho este Tribunal, quiere decir posible de ejecutarse, tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea también de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo; es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación; y, de otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 7339-2006-PA/TC, 25 de junio de 2007, FJ. 30.

basados en una ley – que evidentemente es una norma de carácter heteroaplicativo–

.<sup>464</sup>

En realidad, parece una contradicción que se afirme que no es posible lo primero, cuando se admite lo segundo, más aun cuando el propio autor señala que en estos procesos también es aplicable el control difuso de constitucionalidad<sup>465</sup>. En otras palabras la norma que sustentó el acto de aplicación podrá ser analizada a la luz del parámetro de constitucionalidad y convencionalidad, a partir de los actos de aplicación de la misma.

De otro lado, ambas modalidades de control normativo podrán gozar de alcances generales a través de las figuras del precedente vinculante y de la “doctrina constitucional”, conforme a los artículos VII y VI del Título Preliminar del CPC respectivamente.

El desarrollo jurisprudencial sobre la materia, sin embargo, no es el único que da sustento a estas figuras dentro del ordenamiento jurídico peruano. En efecto, el CPC, en su artículo 3<sup>466</sup> desarrolla el supuesto de amparo contra normas autoaplicativas.

En concreto, plantea la procedencia de los procesos constitucionales de la libertad para enfrentar casos en los que las violaciones de derechos fundamentales se generan por la norma en sí misma, sin necesidad de un acto de aplicación.

Quando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

(...)

---

<sup>464</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Palestra, 2008, pp. 423 - 433.

<sup>465</sup> Ídem, p. 433.

<sup>466</sup> Artículo modificado por la Ley N° 28946, 24 de diciembre del 2006.

La norma, sin embargo, falla al señalar que las leyes autoaplicativas generan también amenazas contra los derechos de un individuo. La redacción genera una contradicción con el concepto de la figura en análisis. En efecto, si la norma es autoaplicativa, incidirá de manera directa en la esfera de derechos de un individuo, no habrá amenaza porque la afectación ya se habrá efectuado.

De otro lado, el dispositivo mencionado obvia las referencias a la procedencia los procesos de amparo contra actos basados en una ley heteroaplicativa,<sup>467</sup> tal como lo establecía la redacción original del CPC, que a su vez, había recogido la misma pauta de la ley N° 23506.

En efecto, antes de la modificación del artículo 3, se establecía que en los casos en que se invoque **la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma** incompatible con la Constitución, se declaraba la inaplicabilidad de la misma para el caso en concreto.

No obstante el silencio de la legislación modificada, puede concluirse que no es necesario que el CPC recoja este supuesto, ya que el artículo 138 de la Constitución establece que todos los jueces tienen la obligación de aplicar control difuso.<sup>468</sup>

### **3.5.2.1 Ejemplos de control difuso de convencionalidad en procesos constitucionales**

Un ejemplo de control de convencionalidad es el caso Tineo Cabrera del año 2002. Aquí el demandante interpuso una demanda de hábeas corpus contra la sentencia que le condenaba por los delitos de fraude procesal y falsedad ideológica.

El demandante alegó que el proceso seguido en su contra había vulnerado diversos derechos tales como el derecho a la motivación de las sentencias, entre otros. Ahora bien, en esta sentencia se discutió la procedencia de un proceso constitucional de la

---

<sup>467</sup> De acuerdo con el TC, algunos ejemplos de normas autoaplicativas son las normas que declaran nulidad de actos o las que expropián un determinado bien. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 3283-2003-AA/TC, 16 de junio de 2004, FJ. 6.

<sup>468</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. Cit. p. 433.

libertad contra una resolución judicial; esta reflexión debía realizarse de manera previa al análisis de fondo.

En efecto, el TC planteó algunas consideraciones sobre el derecho al recurso efectivo y la interpretación del artículo 6, 2 de la entonces vigente ley 23506 y el artículo 10 de la ley 25398.

De acuerdo con el primero de los dispositivos mencionados, un proceso de hábeas corpus no procedía contra resoluciones judiciales emitidas en procesos regulares. Asimismo, el artículo 10 de la ley 25398 establecía que la vía procesal para discutir las anomalías que pudieran cometerse dentro de un proceso se resolvían en el marco de los mismos, mediante el ejercicio de los recursos que establecen las normas procesales específicas.

Al respecto, el TC indicó que tales leyes no debían interpretarse en términos literales, sino a la luz del conjunto de garantías de la Constitución de 1993. Es decir, descartó la opción de mantener fuera del ámbito de control constitucional a las resoluciones judiciales, ya que determinó que una interpretación de las normas en cuestión en dicho sentido era inconstitucional-inconvencional.

Así, se optó por una alternativa que permitiese optimizar el ejercicio del derecho a la protección jurisdiccional con el mayor grado de intensidad posible. En principio, el TC planteó una interpretación del término “proceso regular” que aparece en los dispositivos legales mencionados.

A decir del TC, el proceso podrá calificar como regular siempre que haya respetado las garantías del debido proceso, *contrario sensu*, cabría interponer un proceso constitucional por tratarse de un proceso irregular.

Además de esta interpretación, basada en las cláusulas de la Constitución formal, el TC utilizó el dispositivo convencional relativo derecho de acceso a un recurso efectivo (artículo 25 de la CADH) para justificar la procedencia de un habeas corpus contra una resolución judicial.



Según el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (...)".

(...) tanto el ordenamiento constitucional como el ordenamiento supranacional regional reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravio de los derechos constitucionales son expedidos "por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales", dentro de las cuales, naturalmente, se encuentran comprendidos los jueces; pero también cualquier autoridad o funcionario que ejerza funciones estatales.<sup>469</sup>

Luego de estas consideraciones, el TC afirmó que el proceso de hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de un "procedimiento irregular" –cuando se viole el derecho al debido proceso– era procedente, siempre que las leyes analizadas se interpretasen en función del canon interamericano y la constitución formal. En atención a ello, pudo evaluar el fondo de la demanda y declararla fundada.

Este es un caso en el que el TC determina los alcances de la norma procesal que le habilita a conocer proceso de habeas corpus y amparo.

### **3.5.3 Control de convencionalidad concentrado**

Si es el TC el que se encarga de analizar la norma a la luz del canon interamericano en un proceso de constitucionalidad concentrado, el efecto directo o indirecto del examen de convencionalidad será la invalidación de la norma inconvencional.

De acuerdo con lo que establece la Constitución el artículo 204 y en el Código Procesal Constitucional, una norma inconvencional dejaría de tener efectos al día siguiente de ser publicada la sentencia en el Diario Oficial El Peruano, y no genera consecuencias retroactivas.

---

<sup>469</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 1230-2002-HC/TC, 29 de agosto de 2002, FJ. 8.

En este sistema la inconstitucionalidad es sinónimo de anulabilidad, no de nulidad que supone o implica la negación de la existencia de la norma; en ese sentido, los efectos de la inconstitucionalidad dejan incólumes los efectos de la norma hasta antes de la declaración de constitucionalidad.

Guastini, a partir de sus reflexiones sobre el ordenamiento italiano, indica que la inconstitucionalidad es una modalidad de anulabilidad, un tipo de invalidez. Esto es aplicable al caso peruano, que en efecto, ha identificado los efectos de una inconstitucionalidad con este tipo de vicio normativo.<sup>470</sup>

Tómese en cuenta que en este caso, la invalidez significa más que una derogación de la norma. En efecto, como señala Aguiló Reglá, mientras que la derogación es el instituto previsto por el derecho para incorporar los cambios en un sistema que por definición es dinámico, la invalidez es el instituto planteado para eliminar las fallas o vicios del sistema. La primera no anula las posibilidades de pérdida de eficacia en sentido absoluto, la invalidez sí lo hace.

En el ordenamiento peruano, la jurisdicción constitucional asume esta tesis cuando analiza normas derogadas para establecer su constitucionalidad o inconstitucionalidad dentro del ordenamiento peruano. Por ejemplo, en la STC recaída en el expediente N° 00019-2005-PI/TC y en diversos fallos, el TC ha precisado que:

(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultraactivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).<sup>471</sup>

Sobre el control de convencionalidad, en el ordenamiento peruano, aunque con posiciones encontradas y prácticas disímiles, correspondería un examen de

<sup>470</sup> GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 319 y ss.

<sup>471</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 00019-2005-PI/TC, 21 de julio de 2005, FJ. 4; sentencia recaída en el expediente N° 0004-2004-AI/TC, FJ. 2.

convencionalidad directo, si se reconoce la aplicación directa de la CADH y también su rango constitucional, conforme a la jurisprudencia del TC; no obstante ello, esto no siempre sucede de esta forma.

### 3.5.3.1 Ejemplos de control de convencionalidad en sentido concentrado

Un ejemplo concreto de control de convencionalidad en sentido abstracto es el caso PROFA II, lo que trajo como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad-inconvencionalidad y consecuente anulación de la norma.

En el fallo recaído en los expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC se analizó la constitucionalidad del artículo 22, inciso c), de la Ley N° 26397 (ley orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura) que establecía que el aspirante al cargo de juez o fiscal debía acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura.

Los demandantes alegaron que la norma era inconstitucional pues afectaba el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 25, inciso c y el artículo 23, numeral 1, literal c) de la CADH.

Al respecto, el TC declaró la inconstitucionalidad de la norma ya que no sobrepasó el test de igualdad. En concreto, se estableció que aun cuando se pretendiese asegurar el ingreso de personas idóneas a los cargos de jueces y fiscales, el legislador pudo optar por alternativas menos lesivas que permitieran alcanzar el objetivo de conformar una magistratura adecuada (examen de necesidad).<sup>472</sup>

En lo que atañe al objeto de este estudio, el TC señaló que el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad tiene rango constitucional debido a su reconocimiento en los dos tratados a los que se ha hecho mención, aunque estuviera implícito en el texto constitucional.

En efecto, en dicha sentencia se reconoce la autonomía del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y su rango constitucional en el

---

<sup>472</sup> STC recaída en expedientes N° 0025-2005-AI/TC y N° 0026-2005-AI/TC, FJ. 98.

ordenamiento peruano, aun cuando indica que parte de su contenido es una proyección del artículo 2.2 de la Constitución de 1993.

Habría que concluir que el mandato de igualdad en el derecho de acceso a la función pública es una proyección específica del enunciado en el art. 2, inc. 2) de la Constitución. Tal ha sido justamente la interpretación del acceso a la función pública enunciado en el art. 33, numeral 2 de la Ley Fundamental y en el art. 51 de la Constitución italiana. Ahora bien, se trata de una proyección pero justamente sobre un derecho en particular: el derecho de acceso a la función pública.

Sin embargo, ello no debe conducir a omitir que el derecho de acceso a la función pública detenta un bien jurídico autónomo de protección: el acceso a la función pública, la participación en la función pública. La igualdad de las condiciones del acceso representa, así, sólo un contenido, una *parte*, más no el *todo*, de este derecho fundamental.<sup>473</sup>

Por otra parte, se debe resaltar que en este fallo el TC desarrolló de manera amplia el contenido del derecho de acceso a la función pública: a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública, d) Condiciones iguales de acceso.<sup>474</sup>

<sup>473</sup> Ídem, FJ. 40.

<sup>474</sup> Sobre el derecho de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad, la Corte Constitucional Colombiana también ha recogido las consideraciones de la Corte IDH en el caso Castañeda Gutman vs. México, así como el contenido de la Observación General N° 25 del Comité PIDCP al momento de evaluar la constitucionalidad del artículo 145 (parcial) de la Ley 201 de 1995 por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones.

En concreto, el artículo 145 establece: *“Lista de elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”.*

Por medio de esta ley se reguló la estructura de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo; luego, ella fue derogada *parcialmente* por el decreto ley 262 de 2000, es decir, sólo en relación con la primera entidad, quedando vigente respecto al régimen de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo.

Al respecto, la Corte Constitucional declaró exequible parte del artículo en análisis puesto que en lo que concierne a los cargos de *igual grado* y denominación, el recurso obligatorio a la lista de elegibles ya elaborada no vulnera la Constitución, toda vez que se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo; y también inexecutable la parte referida a la provisión de vacantes de grado inferior en la medida que se “vulnera la expectativa válida que tenían los ciudadanos de presentarse a un concurso de méritos en la Defensoría del Pueblo, situación que no tiene lugar cuando se

Para ello, el máximo intérprete de la Constitución utilizó jurisprudencia comparada (alemana o italiana), no precisamente la de la Corte IDH. Sin embargo, se puede afirmar que la interpretación realizada en este caso en concreto, fue más progresiva que la jurisprudencia de la Corte IDH que hasta dicho momento había sido emitida.

De hecho, la argumentación del TC sobre el contenido del derecho en análisis aborda aspectos que la Corte IDH no previó hasta ese momento, en ese sentido su fallo fue progresivo. Por ejemplo, en el caso del concepto de “acceso”, el TC incluye el aspecto relacionado con la permanencia de los individuos en su cargo y la prohibición de removerlos de forma arbitraria.<sup>475</sup>

A diferencia de esta reflexión, en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú del año 2001, promovido a raíz de que tres magistrados del TC fueran destituidos sin las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, la CIDH alegó ante la Corte IDH la violación del artículo 23 de la CADH.

Al respecto, la Corte IDH no declaró la violación del artículo 23 de la CADH, pues argumentó que la destitución de los jueces no afectó el derecho de acceso al cargo público en condiciones de igualdad de dichos jueces toda vez que este se había hecho efectivo con su nombramiento como magistrados del TC.

En ese sentido, la Corte IDH brindó al concepto de “acceso” un sentido restringido y no lo vinculó con el elemento de permanencia en el cargo. Asimismo, indicó que la destitución de los jueces se había analizado al amparo de los artículos 8 y 25 de la CADH, por lo cual no cabía un pronunciamiento con relación artículo 23 de la CADH

La Corte estima que los hechos expuestos del caso *sub judice* no deben considerarse como una violación del artículo 23 de la Convención (derechos políticos). Los tres magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad; en este caso se han suscitado cuestiones que implican la violación de otras disposiciones de la Convención, a saber, los artículos 8 y 25, que

---

está ante cargos de igual denominación. Tal situación desconoce abiertamente el principio de igualdad de oportunidades, que inspira el artículo 125 de la Constitución”.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-319/10, 05 de mayo de 2010.

<sup>475</sup> Aunque el TC no lo menciona, este tema también ha sido desarrollado por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N°. 25: La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto*. 12 de julio de 1996, párrafo 23.

consagran el derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal.<sup>476</sup>

En realidad, la Corte IDH debió declarar la violación del artículo 23 de la CADH, pues la arbitrariedad de la destitución de los jueces en realidad sí afectaba el núcleo del derecho en sí. Es decir, no se puede argumentar que el acceso al cargo público se ha protegido de manera plena, si es que el funcionario no tiene las garantías de permanencia, independencia, o si no está protegido frente a las arbitrariedades de la administración estatal o en este caso del Poder Legislativo (que destituyó a los magistrados del TC).

No obstante lo mencionado, la reflexión que realiza el TC coincide con aquella que ha construido la Corte IDH posteriormente. En concreto, a partir del caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, la Corte IDH ha señalado que el derecho de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad incluye también el de permanencia en el cargo, lo que a su vez genera al Estado la obligación de asegurar la estabilidad del funcionario. Luego, este criterio ha sido reiterado en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.

(...) La Corte resalta que en el caso *Apitz Barbera y otros*, este Tribunal precisó que el artículo 23.1.c no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en 'condiciones generales de igualdad'. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando 'los criterios y procedimientos para el **nombramiento, ascenso, suspensión y destitución** [sean] razonables y objetivos' y que 'las personas no sean objeto de discriminación' en el ejercicio de este derecho

(...) **Como se observa, el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede.**<sup>477</sup>

En líneas generales, este es un claro ejemplo de control de constitucionalidad-convencionalidad abstracto, en sentido indirecto. Aun cuando el TC haya reconocido la

<sup>476</sup> Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 103.

<sup>477</sup> Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párrafo 206; Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 138. En este caso, también se recogen los alcances planteados por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 25.

autonomía del derecho de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad y se entienda que la CADH tiene rango constitucional –lo que implicaría la posibilidad de declarar una inconvencionalidad de forma autónoma–, se declaró la inconstitucionalidad de la ley por atentar contra el artículo 2.2 de la Constitución.

### **3.6 Uso del canon interamericano: aplicación directa e interpretativa del canon interamericano en la jurisprudencia del TC peruano**

Se ha señalado que en el ámbito constitucional el control de convencionalidad supone o la aplicación directa de los elementos que conforman el canon interamericano, o el uso interpretativo (indirecto) del mismo, ello en concordancia con lo que ha establecido la propia Corte IDH sobre el tema.

Este tema se desarrolló en el capítulo 1, de manera general, ahora se realiza de manera focalizada.

De acuerdo, con lo abordado en este capítulo el uso indirecto o interpretativo se desprende la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, pero también es posible predicar el uso directo del parámetro interamericano, si es que se admite que el canon interamericano tiene rango constitucional en relación con todos los instrumentos que lo integran.

Más allá de estas consideraciones, en la práctica, el parámetro interamericano se utiliza casi de manera exclusiva en la última de las modalidades mencionadas.

#### **3.6.1 Aplicación directa del canon interamericano**

En relación con la aplicación directa, es claro que la norma del canon interamericano y la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH se incorporan al derecho interno y se contrastan de forma directa con las normas de derecho interno al menos con las que tienen rango de ley si es que se asume que el control de convencionalidad es análogo o forma una unidad con el control de constitucionalidad.

Si bien existe algún ejemplo de examen de las propias normas constitucionales con el canon interamericano, se ha optado por asumir que este es un caso de uso interpretativo en función de la unidad constitucional. Se puede analizar el caso de los artículos 142 y 181 de la Constitución para establecer la procedencia del denominado amparo electoral.

No obstante ello, este ejemplo se ha colocado como uno de uso interpretativo o indirecto del canon de convencionalidad en la medida que al analizarse las normas de rango de ley que atentan contra el debido proceso en la jurisdicción electoral, se declara la violación de los dispositivos constitucionales mencionados y no necesariamente la del parámetro interamericano.

En relación con la modalidad de este tipo de canon interamericano contra normas con rango de ley, en algunos casos se menciona que determinada norma atenta contra el canon interamericano, pero luego esa afirmación se reconduce a la violación de un derecho con reconocimiento constitucional formal.

### **3.6.2 Uso indirecto o interpretativo del canon interamericano**

El uso interpretativo del canon interamericano puede clasificarse de acuerdo a la forma en que se utiliza por los jueces, es decir, por la forma en que el canon interamericano – a través de la vía jurisprudencial–, contribuye a la formación de contenidos de los derechos fundamentales de un Estado constitucional.

De acuerdo con la clasificación que tentativamente plantea Queralt, este tipo de uso se podría manifestar de algunos modos: A. el argumento de autoridad: *ad abundantiam* y complementario, B. la incorporación de pautas interpretativas y de contenidos.

En efecto, el control de convencionalidad en su manifestación hermenéutica, tiene y encuentra mayor desarrollo cuando se relaciona con la figura de control constitucional y la labor del juez constitucional, quien por excelencia ejerce la labor de interpretación constitucional e incluye entre sus herramientas el quinto método interpretativo al que hace referencia Häberle.



Por otro lado, conviene señalar que la distinción entre argumento de autoridad *ad abundantiam* y complementario propuesta en este documento se hace visible a través de la casuística, ya que la misma se determina a partir del grado o fuerza que el juez le brinda al canon para hacer efectivo el control de constitucionalidad – convencionalidad.

A partir de esta exposición no se busca establecer una conclusión general sobre la aplicación del canon en análisis, pero sí mostrar la incidencia, en mayor o menor medida, del derecho internacional en el derecho interno.

### 3.6.2.1 Canon interamericano como argumento de autoridad

El argumento de autoridad implica que el uso del canon interamericano se efectúa únicamente para demostrar la conformidad del razonamiento judicial con aquel. Este argumento va desde la mera cita del canon interamericano que no aporta nada a los motivos jurídicos de la decisión del juez (*ad abundantiam*) hasta el uso del argumento que si bien no aporta elementos nuevos a la justificación o motivación pero que en alguna medida refuerza el razonamiento del juez (complementario).<sup>478</sup>

#### 3.6.2.1.1 Argumento de autoridad *ad abundantiam*

Cuando se recurre al argumento de autoridad *ad abundantiam*, el juez a cargo del examen de constitucionalidad concluye que un precepto legal es enteramente compatible con el texto constitucional para lo cual, argumenta “a **mayor abundamiento**”, la falta de contradicción con las normas internacionales.

El argumento de autoridad *ad abundantiam* se manifiesta en los casos en los que el juez nacional cita expresamente párrafos de la jurisprudencia internacional, pero no acompaña a estos con un fundamento que explique la manera en que el canon interamericano o europeo influye en la decisión.

En efecto, pareciera que el argumento *ad abundantiam* refleja que el uso de la jurisprudencia internacional es más estilístico, de tal forma que solo sirve para decorar

---

<sup>478</sup> QUERALT JIMENEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Op. Cit., p. 220.

una postura interpretativa ya asumida y trabajada por el juez nacional respecto de un derecho reconocido en la CADH u otro tratado de derechos humanos o en la propia Constitución.

De hecho, esto se refleja aun más cuando se acude a la remisión jurisprudencial, es decir, cuando el juez, para justificar su fallo se remite a sentencias dictadas anteriormente por él mismo, en las que se ha recogido o se ha establecido la sintonía de la jurisprudencia nacional con la internacional.

A decir de Núñez Poblete, esta forma de razonar reserva a las normas internacionales una suerte de función residual de "parámetro de conformidad"<sup>479</sup>; de acuerdo a ello, si se eliminara la referencia al Derecho internacional la decisión seguiría siendo la misma.<sup>480</sup>

Asimismo, el argumento *ad abundantiam* se refleja en los casos en los que el juez ha hecho suyo un determinado estándar de orden internacional y al momento de emitir el fallo posterior a la sentencia en que lo adopta no importa una doctrina, sino que aplica una jurisprudencia nacional ya consolidada; en ese sentido, no añade nada nuevo a partir de la jurisprudencia internacional.<sup>481</sup>

---

<sup>479</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel. "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32. Valparaíso, junio, 2009. Consulta: 08 de junio de 2010. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100014&script=sci_arttext)>

<sup>480</sup> *Ibid.*

<sup>481</sup> De acuerdo con Núñez Poblete, un ejemplo de la utilización del argumento *ad abundantiam* se visibiliza a partir de un fallo del Tribunal Constitucional de Chile. En efecto, la sentencia solo busca colocar de relieve que la argumentación que ya ha elaborado previamente guarda conformidad con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. En ese sentido, las referencias a la norma interamericana no aportan a la construcción jurisprudencial del juez nacional, y si el párrafo en mención no existiera en realidad no dejaría un vacío en la motivación del juez.

[q]ue lo razonado hasta aquí acerca del modo en que está consagrado el principio de tipicidad no se ve alterado por lo dispuesto en el artículo 9° de la Convención americana de derechos humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", aunque se considerara, como pide la requirente, como parámetro de rango constitucional. [...]. Como puede apreciarse del solo lenguaje de esa norma internacional, ella, al igual que la Carta Fundamental chilena, establece el principio de legalidad –y su componente de tipicidad– en materias penales. Así, se refiere a delitos, penas, condenados y delincuentes. Ello hace innecesario referirse a la jerarquía de la norma de un tratado que no se contrapone con lo establecido en la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, rol N° 576, 24 de abril de 2007, párrafo 25.

### 3.6.2.1.1.1 Amparo electoral

La jurisprudencia sobre la procedencia del amparo electoral es amplia y las referencias a la misma en el sentido *ad abundantiam* no pretenden ser absolutas; sin embargo en algún momento los fallos que desarrollan el tema han realizado un uso del canon interamericano en este sentido, sobre todo en la emisión del último de los fallos que se comentará aquí

En concreto, el amparo electoral como institución en el ordenamiento peruano ha generado una serie de debates y puntos de encuentro en torno a su improcedencia. Los dispositivos 142 y 181 de la Constitución de 1993 son el punto de partida para el análisis de esta discusión, así como el artículo 200, 2 del mismo dispositivo normativo.

El caso Espino Espino es el primer fallo en el que se admite la procedencia del amparo contra resoluciones del JNE. Mediante su demanda el accionante solicitó su inscripción como candidato a la alcaldía de un distrito de la provincia y departamento de Ica.

Al respecto, el TC, aunque declaró improcedente la demanda pues la posible afectación se había constituido en irreparable en la medida que el proceso electoral ya había concluido, estableció los fundamentos interpretativos que avalan la figura del amparo electoral en el ordenamiento peruano.

En ese sentido, se valió de lo establecido en el fallo Gonzales Ríos, en el que interpretó el artículo 142 con referencia a las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y estableció la teoría de la inexistencia de los campos exentos de control constitucional para sustentar la procedencia del amparo contra la actuación de órganos como el JNE.

“Este Tribunal, por consiguiente, **debe enfatizar, al igual como lo hiciera respecto de las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el Exp. N° 2409-2002-AA/TC (Caso Gonzales Ríos) y la posibilidad de un control jurisdiccional sobre ellas, que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales.** En

efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en el asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución.<sup>482</sup>

En términos generales, se establece una interpretación uniforme del artículo 142 de la Constitución, pues si se ha admitido la procedencia del amparo contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, entonces también se hace lo mismo respecto del Jurado Nacional de Elecciones. Aquí no se hace referencia al canon interamericano, pero esta interpretación es conforme al estándar del SIDH relativo al derecho a un recurso efectivo que fue recogido en el caso *Almenara Bryson* y permitió establecer una interpretación constitucional del artículo 142 de la Constitución que armonizara con el derecho a un recurso sencillo (artículo 25.1 de la CADH)<sup>483</sup>

Por otro lado, en determinados fallos el uso habría sido más bien complementario, como el caso *Lizana Puelles* en el que se hace referencia por primera vez al fallo *Yatama vs. Nicaragua*. En efecto, el TC elabora un razonamiento fundado en la teoría e interpretación constitucionales<sup>484</sup> que a la vez se complementa con los estándares

---

<sup>482</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 2366-2003-AA/TC, 07 de abril de 2004, FJ. 4.

<sup>483</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 1941-2002-PA/TC, 20 de marzo de 2003.

En efecto, el TC citó la Opinión Consultiva OC 09/87 para referirse a la idoneidad del proceso de amparo en la categoría de recurso sencillo y breve para la protección de los derechos fundamentales, es decir, coloca a este proceso dentro del supuesto del artículo 25 de la CADH.

Al mismo tiempo, tras transcribir parte de lo que dice dicha Opinión Consultiva, el TC esboza la idea de que no es posible que no exista un recurso rápido y sencillo en los ordenamientos estatales pues eso sería una trasgresión a la CADH. Así, el Colegiado señaló que el artículo 142 debía interpretarse en concordancia con estos dispositivos, por lo cual descartó el criterio literal para dicha labor.

<sup>484</sup> Así por ejemplo, uno de los argumentos de orden constitucional en sentido estricto es el siguiente: “la justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31°, *in fine*, de la Carta Fundamental.

En otras palabras, el “producto” resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, “sacrifica” los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 5854-2005-AA/TC, FJ. 18.

del SIDH: se cita los dispositivos de la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH y a partir de ello se reflexiona sobre el caso objeto de control.

Por ejemplo, se citó el caso *Yatama vs. Nicaragua* para señalar que “el artículo 173° de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análogo a los artículos 142° y 181° de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el JNE peruano a su homólogo”.

”Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención”.<sup>485</sup>

Con relación al uso *ad abundantiam* de la jurisprudencia interamericana, se puede mencionar el fallo recaído en el expediente N° 0007-2007-AI/TC en el que declaró la inconstitucionalidad de la ley N° 28642 que modificaba el artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional. Ello en la medida que esta sentencia recogió la línea jurisprudencial ya asumida por el TC en fallos anteriores –en ellos ya hacía uso de los estándares interamericanos sobre la materia–, como el caso Gerardo Espino Espino, Lizana Puelles y Castillo Chirinos.

La norma en mención, a diferencia de la original que establecía la procedencia del amparo electoral en casos de afectación del debido proceso o la tutela procesal efectiva, implantaba la improcedencia absoluta del amparo electoral.<sup>486</sup>

A decir del Colegio de Abogados del Callao –demandante en el proceso de inconstitucionalidad– esta ley impedía el cuestionamiento judicial de la arbitrariedad

---

<sup>485</sup> *Ibid.* FJ. 29-30.

<sup>486</sup> El artículo 5.8 en su contenido original establecía: “No proceden los procesos constitucionales cuando: “Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva.

Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones; (\*)”

de un órgano del Estado –como el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) –, lo que afectaba el derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta sentencia, el TC desarrolla sus fundamentos sobre la base del DIDH y otros argumentos. En un principio, recurre al uso de la jurisprudencia ya citada en Lizana Puelles y otros casos sobre amparo electoral (Castillo Chirinos, Espino Espino) en las que se recogía la posición de dicho tribunal en torno al tema.

En concreto, se analiza el artículo 200, inciso 2 de la constitución de 1993. Aquí la mención al juicio de amparo como proceso efectivo no es nuevo, el TC tiene sentencias previas a esta en las que ha hecho referencia al tema, de ahí que estos párrafos no generen nuevas reflexiones en el ordenamiento peruano.

Igualmente, al igual que en el caso Lizana Puelles,<sup>487</sup> se hace referencias al caso Yatama vs. Nicaragua (Corte IDH) para sostener la procedencia del amparo electoral y su conformidad con el canon interamericano.

No cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, en los términos del artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la sentencia expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua (...).<sup>488</sup>

Por otro lado, se analizó la constitucionalidad de la ley impugnada a la luz del artículo 200, inciso 2 de la Constitución de 1993, que a su vez, se complementó con los

---

<sup>487</sup> Como ya se ha indicado, en el caso Lizana Puelles, el canon interamericano sobre justicia electoral se utilizó en sentido complementario. En efecto, se señaló lo siguiente: “Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 5854-2005-AA/TC, FJ. 29-30.

<sup>488</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 0007-2007-PI/TC, FJ. 41.

dispositivos de la CADH sobre el acceso a un recurso efectivo (artículo 25). En concreto, se utilizaron argumentos de fallos anteriores (Castillo Chirinos).<sup>489</sup>

(...) En correspondencia con esos mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado en el inciso 2) de su artículo 200° consagra que “la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución”. La ley fundamental no excluye a ninguna autoridad, ya que la lesión de un derecho fundamental es una posibilidad que puede provenir, incluso, de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (...).<sup>490</sup>

El párrafo transcrito da cuenta de que el contenido del 200, 2 del texto constitucional se interpreta en función del artículo 25 de la CADH; entonces, si bien hay un uso *ad abundantiam* del canon interamericano, el razonamiento del TC se hace de conformidad con el mismo. En esa lógica podemos hablar de una especie de control de convencionalidad de la norma constitucionalidad.

En líneas generales, el TC utiliza estos argumentos para corroborar una lectura sistemática de los artículos 142, 181 y 2002, inciso 2 de la Constitución con el objeto de afirmar la necesidad de admitir la procedencia del amparo.

En este caso, la mención al DIDH no incorpora nada nuevo a la reflexión del TC, solo sirve para constatar que existe una posición asumida anteriormente que es conforme al canon interamericano. Por los motivos antes mencionados, la norma se declaró inconstitucional por vulnerar el artículo 200.2° de la Constitución.

---

<sup>489</sup> En el caso Castillo Chirinos, el TC indicó lo siguiente: “Sin embargo, cuando el JNE ejerce sus funciones en abierta contravención de los derechos fundamentales, el asunto escapa de los contornos estrictamente electorales, tornándose en una cuestión de relevancia constitucional directa, pues, desde ese instante, en observancia del artículo 200° 2 de la Constitución, se reconoce el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado, mediante el proceso de amparo. Una interpretación contraria, no sólo sería atentatoria del referido artículo 200° 2, sino también de su artículo 201°, reconoce a este Tribunal como el órgano de control de la Constitución”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente 02730-2006-AA/TC, FJ. 8.

En este caso no se hace referencia explícita a ninguna sentencia de la Corte IDH relacionada con el tema. Asimismo, la única mención a la relación derecho interno-derecho internacional es la que hace mención a la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH y a la lógica de diálogo e interacción constantes en las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional.

<sup>490</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 0007-2007-PI/TC, FJ. 41.

### 3.6.2.1.2 Argumento de autoridad complementario

El argumento de autoridad complementario supone que la jurisprudencia de derecho internacional es utilizada en un sentido más relevante que el argumento *ad abundantiam*. El valor interpretativo del argumento complementario en efecto refuerza la argumentación que realiza el órgano jurisdiccional.

En concreto, el recurso a la jurisprudencia internacional no implica la incorporación de nuevos elementos en la configuración de los derechos fundamentales, aunque su uso sí implica un valor interpretativo relevante en el sentido que refuerza una determinada argumentación o posición propia del juez nacional.

En esa línea, el argumento de autoridad complementario se identifica más de cerca, de acuerdo a Queralt, con el examen de convencionalidad al que se encuentran obligados los jueces nacionales.<sup>491</sup>

En el mismo sentido, Núñez Poblete indica que el uso del parámetro interamericano como argumento complementario empieza a perfilarse o a relacionarse con el desarrollo del instituto del control de convencionalidad, aunque la confrontación entre el estándar interamericano y el derecho interno a partir del argumento de autoridad complementario, resulta ser una manifestación de uso del canon de derecho internacional de intensidad baja.

#### 3.6.2.1.2.1 Justicia Militar: independencia e imparcialidad

Un ejemplo del uso del canon interamericano en sentido complementario se encuentra en la sentencia recaída en el expediente N° 0023-2003-AI/TC. Este fue el primer fallo en el que se examinó la constitucionalidad y convencionalidad de la configuración de la justicia militar en el Perú, en relación con los principios de independencia e imparcialidad.

Aquí se declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar, ya que atentaban contra las garantías de independencia e imparcialidad. En

---

<sup>491</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Op. Cit., p. 228.



concreto, se cuestionó los artículos 6°, 12° y 31° del Decreto Ley N.° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM), que establecían que los militares en situación de actividad podían ejercer el cargo de jueces del fuero militar.

En este fallo, el TC inició el desarrollo de una línea jurisprudencial sobre las garantías de independencia e imparcialidad en el ámbito de la justicia penal militar, desde de la dogmática constitucional y canon interamericano.

En efecto, en los párrafos 26 al 33 se desarrollan los contenidos de independencia e imparcialidad a la luz de doctrina constitucional; de hecho, las sentencias de justicia militar son las que mayor desarrollo jurisprudencial sobre la materia han generado.

Así, se hace mención a la definición a la independencia como garantía del juez u órgano que administra justicia, como garantía operativa para la actuación del juez, y como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.<sup>492</sup>

En el mismo sentido, este colegiado indicó que la imparcialidad se vincula al principio de independencia funcional en el sentido que protege la independencia del juez frente a las partes (subjetiva) y que busca desterrar “la influencia que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable” (objetiva).<sup>493</sup>

Luego de este desarrollo, el TC determinó que en función de estas definiciones, la legislación analizada –al establecer que los jueces de la jurisdicción militar fueran militares en actividad– era incompatible con las garantías jurisdiccionales mencionadas.

(...) el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por oficiales en actividad, vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios

---

<sup>492</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0023-2003-AI/TC, 28 de octubre de 2004, FJ. 26-33.

<sup>493</sup> Idem, FJ. 34-46.

de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (...).<sup>494</sup>

Esta fue la primera vez que el TC estableció un razonamiento relativo a las garantías jurisdiccionales de independencia e imparcialidad en relación con la justicia militar –la sentencia recaída en el expediente N° 0017-2003-AI/TC versa sobre el delito de función–.

Los fundamentos del tema se construyeron sobre la base de la teoría constitucional principalmente, es decir, se sostuvieron en ellos o son los que más fuerza denotan al leerse la sentencia; en ese contexto el uso de la jurisprudencia interamericana, complementa y refuerza su razonamiento.

Asimismo, en relación con el principio de imparcialidad, complementó su razonamiento con referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, lo cual refuerza el razonamiento del TC:

Idéntico criterio, *mutatis mutandis*, ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi, a saber: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador” (Párrafo N° 130).

Tal criterio, si bien se efectuó a propósito del juzgamiento de civiles, por la comisión del delito de terrorismo, es también aplicable para el caso del juzgamiento de los profesionales de las armas, ya que si bien es legítimo que tales instituciones tutelares de la República puedan instituir instancias de sanción de faltas administrativas, disciplinarias, no lo es si de lo que se trata es del juzgamiento de conductas que configuran delitos de función.<sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> Ídem. F.J. 42-44.

<sup>495</sup> Ídem, F.J. 43.

La mención a la jurisprudencia de la Corte IDH además va acompañada de una reflexión por parte del propio TC para el caso en concreto, tal como se puede leer de párrafo expuesto, lo que significa que no se trata de un mero uso *ad abundantiam*.

De hecho, el TC extiende la reflexión relativa a falta de imparcialidad que vicia un proceso en el que los jueces con condición de militar en actividad son quienes juzgan civiles vinculados a grupos insurgentes (con los que las fuerza armadas suelen enfrentarse).<sup>496</sup>

No obstante lo mencionado, el TC pudo incluir en su reflexión referencias al caso Durand y Ugarte vs. Perú en el que ya se había establecido que la conformación de tribunales militares por miembros de las fuerzas armadas en situación de actividad con competencia para investigar a otros miembros de su institución (en este caso por los sucesos de El Frontón) atentaba contra los principios de independencia e imparcialidad.

Si bien en este caso la Corte IDH aun no había establecido de manera fehaciente que los delitos relacionados con violaciones de derechos humanos no forman parte de la competencia de los fueros militares -no se declaró la afectación del derecho al juez natural-, el razonamiento de la Corte IDH habría servido para fortalecer los fundamentos del TC en relación con la independencia e imparcialidad.<sup>497</sup>

De otro lado, el uso de la jurisprudencia de la Corte IDH para delimitar los alcances de los principios de independencia e imparcialidad también se ha identificado en los fallos recaídos en los expedientes N° 0004-2006-PI/TC y N° 0006-2006-PI/TC.

---

<sup>496</sup> Este tema también amerita una reflexión relativa al derecho al juez natural y a la delimitación de la competencia de la jurisdicción militar a la luz del criterio material, lo que redundaría en la conceptualización restringida de función del artículo 173 de la Constitución.

<sup>497</sup> En el caso Cesti Hurtado vs. Perú, la Corte IDH realizó una reflexión sobre el juzgamiento de militares en retiro y la competencia de la justicia militar para juzgarlos. Desde 1999, la Corte IDH ha referido que la jurisdicción militar no tiene competencia para juzgar a civiles o militares en retiro: "En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención". Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párrafo 151.

En la primera de estas sentencias el TC analizó el artículo 16.1 de la Ley N° 28665 en el que se establecía que “El Consejo Superior se conformaba por diez (10) Vocales Superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente *en situación de actividad*, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen. (...)”.

Al respecto, el TC desarrolló algunos argumentos en el que se refería al concepto de administración militar que se guía por el principio de dependencia y subordinación jerárquica para distinguirlo de la figura de jurisdicción militar se aparta de los mismos.<sup>498</sup>

A partir de esta distinción el TC concluyó que el juez que se encontrara en situación de actividad se encontraba sometido a la respectiva normativa de la administración militar, en dependencia del Poder Ejecutivo, por lo cual no gozaba de independencia e imparcialidad para ejercer su función jurisdiccional.<sup>499</sup>

En este fallo la mención al caso Palamara Iribarne vs. Chile se hace en sentido complementario, para corroborar que la Corte IDH ha establecido que un sistema que admita jueces que ostentan la condición de militares en actividad atenta contra las garantías de independencia e imparcialidad. De acuerdo con el criterio de la Corte IDH, que el TC comparte, si los jueces son militares en servicio activo, entonces se encuentran subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando.<sup>500</sup>

Asimismo, la sentencia recaída en el expediente 0006-2006-PI/TC analizó la compatibilidad de la Ley N° 28665 a la luz de la Constitución, para lo cual tomó en cuenta lo señalado en los casos Lori Berenson vs. Perú, Durand y Ugarte vs. Perú, Palamara Iribarne vs. Chile, Tribunal Constitucional vs. Perú, Cantoral Benavides vs. Perú y Las Palmeras vs. Colombia.

---

<sup>498</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0004-2006-PI/TC, 18 de abril de 2006, FJ. 68

<sup>499</sup> Ídem. FJ. 68

<sup>500</sup> Ídem. FJ. 70

Aquí el uso de los fallos se define como *ad abundantiam* en la medida que reflejan un razonamiento ya adquirido por el TC en los fallos previos, además en estos también se hacía referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH que se acaba de mencionar.

El fallo recaído en expediente N° 0006-2006-PI/TC, sin embargo, coloca de relieve el hecho que la Corte IDH se hubiera pronunciado respecto de la jurisdicción militar del ordenamiento peruano.

Respecto de los tribunales militares, la Corte ha sostenido, expresamente, que el hecho de que se encuentren compuestos por oficiales en actividad atenta contra la independencia e imparcial que debe tener toda autoridad que administre justicia.

En el caso específico del Perú, **la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el Estado peruano ha violado el derecho a un juez independiente e imparcial, contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por establecer, entre otras previsiones, que los tribunales militares pueden estar compuestos por oficiales en situación de actividad.**<sup>501</sup>

En general, mención a estos fallos de la Corte IDH muestran la conformidad de la interpretación que realiza el TC con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia. En realidad se refuerza una línea de pensamiento asumida por el TC desde los primeros fallos sobre la constitucionalidad de la estructura de la justicia militar en el Perú, que luego se vio interrumpida con la sentencia recaída en el expediente N° 0001-2009-PI/TC que fue publicado a inicios del 2010.

Antes de la última sentencia mencionada, el TC asumía que las garantías de la jurisdicción militar se afectaban si estaban compuestos por oficiales en actividad. En efecto, en todos los fallos sobre justicia militar el TC había realizado una reflexión sobre la materia.

Por otro lado, si bien se ha mencionado al fallo recaído en el expediente N° 0001-2009-PI/TC, no se ha ahondará en el mismo, ya que representa un retroceso en relación con las sentencias previas, los fundamentos vertidos en esta sentencia son inconvencionales.

---

<sup>501</sup> Ídem, FJ. 12-13.

En efecto, en esta sentencia se ha declarado la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley N° 29182 que establecen que los tribunales militares son integrados por oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas.<sup>502</sup> La decisión del TC se encuentra en clara contradicción con las sentencias de la Corte IDH que se han referido la incompatibilidad entre el rol de juez y la condición de oficial en actividad de las fuerzas armadas.<sup>503</sup>

El TC indicó que en los casos resueltos por la Corte IDH contra Perú no se había establecido que el hecho que los jueces militares en actividad juzguen a oficiales por la comisión de delitos de función, afectase *per se* las garantías de independencia e imparcialidad, a diferencia de los casos en que se juzga a acusados de terrorismo.

De hecho, el caso Durand y Ugarte vs. Perú sí se refería a la incompatibilidad entre una estructura jurisdiccional con jueces militares en situación de actividad y los principios de independencia e imparcialidad. Sin embargo, este fue un elemento que se obvió en el razonamiento del TC.

Al respecto, el voto singular de César Landa da cuenta del uso de la jurisprudencia de la Corte IDH de forma tendenciosa e incompleta por parte del TC, lo que sirvió para avalar la constitucionalidad de una ley que no garantiza la independencia de la judicatura del fuero militar.<sup>504</sup>

### 3.6.2.2 Incorporación del estándar interamericano en el estándar constitucional

En este caso, hay una auténtica incorporación del canon interamericano al constitucional, de tal forma que el primero pasa a formar parte del segundo definitivamente. En este caso, no se reinterpreta la CADH conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino la Constitución a la luz del canon interamericano, es decir, no hay una aplicación directa de la CADH ni de su instrumento interpretativo por excelencia: la jurisprudencia interamericana.

<sup>502</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 001-2009-PI/TC, 29 de diciembre de 2009, FJ. 42.

<sup>503</sup> Ídem.

<sup>504</sup> Ídem. Voto singular del magistrado César Landa, párrafos 16 y 17.

En concreto, aquí pueden incorporarse contenidos o criterios interpretativos a cargo de la Corte IDH. La incorporación del canon interamericano supone o implica, al menos, el descubrimiento de un aspecto o elemento nuevo de determinado derecho pero que no ha sido exteriorizado hasta el momento o el cambio de determinada postura jurisprudencial asumida por el juez nacional.

Asimismo, conviene mencionar que la regla de incorporación del canon interamericano al constitucional se aplica más para el caso de la jurisprudencia de la Corte que al resto de componentes del mismo.

En efecto, en la medida que es la jurisprudencia la que se muestra como elemento evolutivo que dota de contenido los derechos protegidos por el canon interamericano, es lógico que sea esta la que contenga nuevos criterios de los derechos protegidos.

Un ejemplo de avances respecto de la incorporación del canon interamericano, es de las leyes de autoamnistía y también el de los requisitos para evaluar el plazo razonable de la prisión preventiva.<sup>505</sup> En este documento se analizará solo el primero de los ejemplos, ya que el segundo de ellos no necesariamente se refiere al control de convencionalidad.

No obstante ello, la mención al segundo de los casos permite visibilizar que la clasificación aquí planteada si bien se encuentra focalizada en los exámenes de convencionalidad, en realidad se utiliza para evaluar todo tipo de interacción entre la justicia constitucional y la justicia interamericana.

---

<sup>505</sup> Se puede analizar las siguientes sentencias: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0549-2004-HC/TC, 08 de febrero de 2005; Sentencia recaída en expediente N° 3771-2004-HC/TC, 22 de febrero de 2005; sentencia recaída en expediente N° 1680-2009-PHC/TC, 30 de julio de 2009. Asimismo, las siguientes sentencias de la Corte IDH son relevantes para una reflexión sobre el tema: *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180; *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

### 3.6.2.2.1 Amnistías y derecho a la cosa juzgada

Las leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26492 del año 1995 establecieron el archivamiento 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.

Estas leyes fueron sometidas a un proceso de inconstitucionalidad que el TC declaró improcedente mediante la sentencia recaída en el expediente N° 00013-1996-AI/TC, de 28 de abril de 1997. En ese sentido, se consideró que las normas aludidas gozaban de validez en el ordenamiento peruano.

Al respecto, estas normas fueron objeto de control por la Corte IDH en los Casos Barrios Altos vs. Perú y La Cantuta vs. Perú, en los fallos respectivos se indicó que dichas leyes carecían de efectos desde el inicio, es decir, no solo no eran aplicables a un caso en concreto sino a todas las situaciones análogas.

Ello en la medida que tales normas obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia, lo que impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente).

Ya en términos de la práctica judicial, esto ha generado que el TC adecue su razonamiento a tales lineamientos y aplique control de convencionalidad en los procesos de amparo o habeas corpus interpuestos por los procesados en crímenes como La Cantuta o Barrios Altos.

En concreto, se puede mencionar las sentencias recaídas en los expedientes N° 4587-2004-AA/TC y N° 679-2005-PA/TC. En estos casos, el TC reinterpreta el derecho al *ne bis in idem* y a la cosa juzgada a partir de los fallos de la Corte IDH sobre la materia.

A partir de estas consideraciones se puede tener en cuenta la incorporación de dos criterios: a. nulidad de normas de autoamnistía; b. reconceptualización del derecho a la cosa juzgada.



En el expediente N° 679-2005-PA/TC el TC concluyó que no se había afectado el derecho a la cosa juzgada del demandante Santiago Martín Rivas en la medida que las leyes de amnistía no surtieron efecto alguno respecto del proceso seguido en su contra por el caso La Cantuta.

#### **3.6.2.2.1.1 Nulidad de las leyes de autoamnistía: Incorporación de un nuevo criterio de validez**

En el fallo recaído en el expediente N° 679-2005-PA/TC el demandante Santiago Martín Rivas alegó que el fallo del caso Barrios Altos no se extendía al caso La Cantuta en el sentido del juzgamiento al que debían ser sometidos los responsables ya que la incompatibilidad de las leyes de amnistía se refiera únicamente al caso concreto sancionado por la Corte IDH.

Al respecto, el TC analizó el fallo de la Corte IDH para reafirmar que las leyes de autoamnistía eran un ejemplo de nulidad de una norma, ya que carecían de efectos desde su emisión.

Igualmente, se afirmó que el fallo de la Corte IDH generaba consecuencias generales dentro del propio ordenamiento, razón por la que a partir de la sentencia en mención era posible reiniciar el procesamiento de los responsables en las matanzas de Barrios Altos y también del caso la Cantuta.

Las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son nulas y carecen, ab initio, de efectos jurídicos. Por tanto, también son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado Grupo Colina.<sup>506</sup>

Luego de leer la sentencia del TC, queda claro que, en la práctica, el fallo de la Corte IDH supuso la incorporación de un nuevo criterio de validez dentro del ordenamiento peruano, es decir, añadió al concepto de anulabilidad, la figura de nulidad en relación con las leyes de autoamnistía.

---

<sup>506</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 00679-2005-AA/TC, 18 de junio de 2007, FJ. 60.

No obstante ello, para un sector es discutible que el TC haya asumido que dichas leyes son nulas pues tal categoría solo es aplicable para las disposiciones inconstitucionales de naturaleza tributaria, como lo establece el artículo 74 de la Constitución.

Este caso, sin embargo, se ha tomado como ejemplo de incorporación de lo dispuesto por la Corte IDH; el mismo es también una confirmación de que en el ordenamiento peruano los efectos de los fallos de la Corte IDH son generales, en otras palabras, se cumple con la garantía de no repetición de los reparaciones en el SIDH.

Ahora bien, en la práctica la nulidad de la norma, no habría necesitado de una declaratoria de inconstitucionalidad a través de un proceso de constitucionalidad concentrado, sino que ha bastado su sola constatación por parte de cualquier juez (como en el caso del ordenamiento italiano que plantea Guastini).

#### **3.6.2.2.1.2 Reconceptualización de la cosa juzgada**

En la demanda presentada por Martín Rivas se alegaba la afectación al derecho a la cosa juzgada reconocido en el artículo 139,13 de la Constitución. El demandante señalaba que ello era consecuencia del hecho que la jurisdicción militar hubiera anulado las resoluciones que disponían el archivo del proceso iniciado en su contra por la matanza de La Cantuta.

Asimismo, alegaba que las resoluciones emitidas por el Tribunal del Consejo Supremo de Justicia Militar en las que declararon la nulidad del archivamiento del proceso en su contra contravenían las leyes de amnistía –Ley N.º 26479 y N.º 26492.

Al respecto, el TC estableció una evaluación sobre el tema, señalando que el artículo 102, 6 de la Constitución otorgaba al Congreso de la República la potestad de dictar leyes de amnistía, con la finalidad de no procesar a un individuo que ha cometido un ilícito, paralizar un proceso o eliminar los efectos jurídicos de una eventual sentencia condenatoria.

No obstante ello, también afirmó que dicha potestad encontraba algunos límites formales y materiales al respecto, no era absoluta. En términos materiales el TC

dispuso que el DIDH era un elemento que necesariamente debía incorporarse a la lectura del artículo en mención.

El artículo 102, inciso 6, de la Constitución no prevé expresamente cuáles son los límites a los que se debe sujetar el dictado de leyes de amnistía. Sin embargo, ello no significa que estos no existan, puesto que la legitimidad del ejercicio del poder del Estado y, por ende, el de sus órganos constitucionales no se justifica de por sí, sino a partir del pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana, y de la observancia cabal de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.<sup>507</sup>

A partir del párrafo citado, el TC construyó una argumentación que sostiene que la norma constitucional que reconoce la potestad del Congreso de la República para el dictado de amnistías debe respetar el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional de 1993.

En concreto, señala que el otorgamiento de amnistías debiera ponderarse con derechos como el de tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la verdad. Si bien el TC parte de la noción de que las amnistías no están prohibidas per se, señala en qué casos estas no son admisibles cuando se trata de ponderarlas con la protección de bienes jurídicos de protección constitucional.

Luego de ello, se argumentó que aunque la Constitución reconoce que la amnistía, el indulto, la prescripción y el sobreseimiento definitivo de una causa producen efectos de cosa juzgada (artículo 139, 13), el contenido de dicho dispositivo no protege una infracción de derecho internacional (violación de derechos humanos) por la que el responsable no será juzgado o sancionado.

En su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la cosa juzgada constitucional garantizada por los artículos 102, inciso 6 y el artículo 139, inciso 13, de la Constitución, en la medida en que no existe conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales que la Constitución consagra.<sup>508</sup>

---

<sup>507</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente 00679-2005-AA/TC, FJ. 22.

<sup>508</sup> *Ibid.*

En ese sentido, se declaró infundada la demanda planteada por el demandante. En líneas generales, este es un claro ejemplo de incorporación y readecuación de los fundamentos del ordenamiento jurídico.

La reflexión necesariamente se ha originado a partir de las sentencias emitidas por la Corte IDH, el elemento principal del fallo es la jurisprudencia de la Corte IDH.

En líneas generales, este capítulo ha demostrado la existencia de una identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en el ordenamiento peruano, debido a distintos argumentos que sostienen la hipótesis: teóricos y prácticos.

En efecto, el ordenamiento en estudio se puede calificar como pluralista y abierto a las relaciones con el DIDH, la muestra de ello son los fallos en sentido interpretativo que se han mencionado a manera de ejemplo en el capítulo.

De otro lado, el control de convencionalidad y sus efectos dentro del ordenamiento son los de invalidación para el caso del control concentrado; o de inaplicación al caso concreto o inaplicación con efectos generales para el caso del control difuso y el uso de mecanismos que objetivan los procesos de corte individual.

Por otro lado, dentro del capítulo se ha examinado la posibilidad de que el control de convencionalidad también se aplique en los casos en que el juez se encuentre frente a una omisión legislativa.

Sin embargo, el ejercicio de control de convencionalidad sigue siendo un tanto implícito en la práctica judicial peruana. Sería relevante que exista un pronunciamiento sobre la materia y que al mismo tiempo se determine de manera práctica si la violación del canon interamericano es autónoma, aunque teóricamente ello se haya afirmado en dicha línea.

En efecto, se ha dejado abierta la posibilidad de que se asuma una postura vinculada al rango legal y configuración de bloque de constitucionalidad o la del rango

constitucional para tratar de entender los fundamentos del control de convencionalidad en el ordenamiento.

No obstante ello, es más adecuado la primera de las alternativas –conforme al estado actual de la materia y a lo que señala el propio texto constitucional –, sin negar que es posible la existencia de algunos tratados de derechos humanos con rango constitucional.

Finalmente, el capítulo en mención busca reflejar que en la práctica existe una relación de coordinación entre la justicia internacional y la justicia constitucional, ya que esta última recoge varios de los fallos de la Corte IDH.

### ***3.6.3 Un ejemplo de retroceso en la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH: caso el Frontón***

Este caso involucra un examen de convencionalidad relativo a la indebida aplicación de las disposiciones del código penal sobre prescripción de los delitos; a través del mismo también se puede graficar la omisión del TC en la aplicación de los estándares de la jurisprudencia interamericana relativa al deber de garantía el cual conlleva la obligación de perseguir y sancionar las graves violaciones de derechos humanos.

Este es un caso de impunidad frente a una grave violación de derechos humanos como lo fue la matanza en el penal de El Frontón del año 1986 y de abierto desconocimiento a la jurisprudencia interamericana sobre la materia.

Teodorico Bernabé Montoya, denunciado por la matanza de El Frontón, presentó una demanda de habeas corpus contra el Ministerio Público alegando que la denuncia en su contra se basaba en hechos que por el transcurso del tiempo habían prescrito, si se tiene en cuenta que figura aplicada al caso concreto fue la de homicidio .

Al respecto, en primera instancia, el juez del Décimo Juzgado Penal de Lima declaró infundado el HC, pero en segunda instancia la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima declaró fundada la demanda.

Por dicha razón, el IDL –que había presentado un informe *amicus curiae* al proceso de habeas corpus comentado– optó por plantear un recurso de agravio constitucional que fue declarado improcedente. Frente a ello, el IDL presentó un recurso de queja que fue declarado fundado por el TC.

En concreto, el colegiado se amparó en los fundamentos de la sentencia recaída en el expediente N° 04853-2004-AA, en la que se establece que el Recurso de Agravio Constitucional procede de manera excepcional contra aquellas resoluciones “estimatorias” de segundo grado expedidas en procesos constitucionales, cuando estas violen o desconozcan precedentes vinculantes (Artículo VII del Título Preliminar del CPC).<sup>509</sup>

“...Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del CPC. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional”<sup>510</sup>

De manera concreta, el TC estableció que el caso en cuestión estaba directamente vinculado con la protección de los derechos fundamentales frente a graves violaciones de derechos humanos. Dado que el TC había realizado constantes pronunciamientos sobre la materia, consideró que ellos constituían doctrina jurisprudencial vinculante (artículo VI del Título Preliminar del CPC), por lo que la regla sobre los precedentes vinculantes también se aplicaba a este supuesto.<sup>511</sup>

<sup>509</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Resolución recaída en expediente N° 00245-2007-Q/TC, 20 de junio de 2008, FJ.5.

<sup>510</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 4853-2004-AA/TC, 22 de mayo de 2007.

<sup>511</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Resolución recaída en expediente N° 00245-2007-Q/TC, Op. Cit., FJ. 5.

Por ejemplo, en la STC 2488-2002-PHC se estableció lo siguiente:

“La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica,

Luego de admitido el recurso de queja, el señor Teodorico Bernabé Montoya interpuso una demanda de habeas corpus en la que solicitaba se declare la nulidad de resolución que declaraba fundada la queja en mención.

Con relación a ello, en el fallo recaído en el expediente N° 3173-2008-HC/TC –Habeas Corpus interpuesto por Teodorico Bernabé Montoya– el TC declaró la nulidad de la resolución que declaraba fundado el recurso de queja interpuesto por el Instituto de Defensa Legal (IDL). De esta manera se convalidaba el pronunciamiento de la Tercera Sala Penal con reos en Lima relativo a la prescripción de la causa penal iniciada contra el señor Bernabé Montoya.

Uno de los argumentos utilizados para sustentar el sentido del fallo se basó nuevamente en el fundamento N° 40 de la sentencia recaída en el expediente N° 04853-2004-AA, pero a diferencia de la resolución N° 00245-2007-Q/TC, el TC indicó que dicho fallo admitía el RAC contra sentencias estimatorias en las que el juez ordinario se hubiere apartado del **precedente vinculante**.<sup>512</sup>

En ese sentido, el TC esgrimió, por ejemplo, que las sentencias sobre derecho a la verdad, entre otras –que hubieran permitido declarar la nulidad de la sentencia estimatoria de segunda instancia que favorecía a Teodorico Bernabé, pues esta impedía el acceso a la justicia y a conocer la verdad de los hechos que condujeron a la muerte o ejecuciones extrajudiciales de las víctimas de El Frontón– no constituían un precedente vinculante, sino doctrina jurisprudencial, por lo cual la vía que debió utilizarse contra la resolución de segundo grado que declara fundado el cuestionado hábeas corpus era el proceso de amparo.<sup>513</sup>

---

cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia. (...).

<sup>512</sup> También se esgrimieron argumentos relativos a la falta de legitimidad del IDL para interponer un recurso de agravio constitucional en un caso en el que no fue parte del proceso, pero en el que participó a través de los amici curiae.

<sup>513</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 3178-2008-PHC/TC, 15 de diciembre de 2008, FJ. 7-10.

Al respecto, el doctor Landa emitió un voto singular en el que planteó su posición a favor de la procedencia del recurso interpuesto por el IDL, puesto que el fallo de segunda instancia a favor de Teodorico afectaba los siguientes puntos:

1) La ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Durand y Ugarte vs. Perú; 2) la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional en materia de derechos humanos; 3) el derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional sustantivos; 4) el derecho de defensa, 5) el derecho a la verdad (tanto en su dimensión individual como colectiva); y 6) el derecho fundamental a la protección internacional de los derechos humanos.<sup>514</sup>

Ahora bien, el asunto de fondo en todo este tema fue el incumplimiento de los estándares impuestos por la Corte IDH con relación a la prohibición de impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, entre las que se encuentran las ejecuciones extrajudiciales. En efecto, el estado peruano fue condenado por la Corte IDH en el caso Durand y Ugarte vs. Perú (también Neira Alegría vs. Perú) por la matanza producida en el penal El Frontón.<sup>515</sup>

De acuerdo con la Corte IDH, una de las medidas reparatorias impuestas al Estado peruano fue el juzgamiento de los responsables de las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el penal mencionado. Por esa razón no era posible que un habeas corpus impidiera que el Ministerio Público y la justicia ordinaria conociesen y fallaren sobre la responsabilidad penal de Teodorico Bernabé.<sup>516</sup>

En esa lógica, la decisión de la Tercera Sala Penal sobre la prescripción de la acción penal violó los alcances de la sentencia del caso Durand y Ugarte, así como de la jurisprudencia interamericana sobre la obligación de los Estados de investigar, juzgar, y sancionar las graves violaciones de derechos humanos.

En el fallo del TC, si bien existía un argumento formal que dio lugar a la declaración de improcedencia del caso, hay opiniones que plantean que este no era un obstáculo real para pronunciarse sobre la materia, ya que en otras ocasiones el colegiado habría

<sup>514</sup> Ídem. Voto Singular de Magistrado César Landa Arroyo

<sup>515</sup> Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

<sup>516</sup> LANDA ARROYO, César. Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones, inédito, p. 22.



emitido su opinión sobre el fondo del asunto a pesar de que declarara improcedente la demanda.<sup>517</sup>

Asimismo, algunas posiciones, incluyendo la de Landa Arroyo consideran que el hecho que la jurisprudencia sobre la protección del individuo frente a las graves violaciones de los derechos humanos no haya sido considerada formalmente un precedente vinculante, no significa que no pudiera plantearse un recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria que entrase en contradicción con la doctrina constitucional (artículo VI del Título Preliminar del CPC).<sup>518</sup>

De hecho, el magistrado en mención haciendo referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la materia (caso Villegas Namuche, caso Vera Navarrete, caso Martín Rivas, José Enrique Crousillat Julio Salazar Monroe)<sup>519</sup> afirmó que a través de diversos fallos,

<sup>517</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Análisis de la sentencia del TC en el caso El Frontón: cuando las formas son más importantes que los derechos. <[http://www.justiciaviva.org.pe/documentos\\_trabajo/doc25.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/doc25.pdf)>. Consulta: 18 de febrero de 2011.

<sup>518</sup> *Ibid.*

<sup>519</sup> En su voto singular, Landa señaló que “el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado en forma permanente una jurisprudencia vinculante que permita a los jueces y fiscales cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980-2000, a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La siguiente relación de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional así lo confirma:

- STC 2488-2002-HC/TC, de 18 de marzo del 2004. Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con la falta de investigación por parte del Ministerio Público de la desaparición forzada del señor Genaro Villegas Namuche, ocurrida en el año de 1992.
- STC 2798-2004-HC/TC, de 9 de diciembre del 2004. Este caso, resuelto por la Sala Primera del Tribunal, estuvo relacionado con el cómputo del plazo de detención del Sr. Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien tenía varios procesos penales en su contra, acusado de ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “La Cantuta” (1992), “Barrios Altos” (1992), entre otros.
- STC 4677-2005-HC/TC, de 12 de agosto del 2005: Caso similar al anterior, resuelto por el Pleno del Tribunal y referido al cómputo del plazo de detención del Sr. Javier Rivero Lazo.
- STC 4587-2004-PA/TC, de 29 de noviembre del 2005: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martín Rivas por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”.
- STC 679-2005-PA/TC, de 2 de marzo del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, también estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martín Rivas por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”.
- STC 3938-2007-PA/TC, de 5 de noviembre del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Julio Rolando Salazar Monroe por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”.
- STC 01271-2008-PA/TC, de 8 de agosto de 2008. Este caso, resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, resuelve la demanda de hábeas corpus de José Enrique Crousillat López Torres, donde se reafirma la fuerza vinculante de la jurisdicción universal y de los tribunales internacionales, así como la competencia de los tribunales nacionales en materia de protección judicial de los derechos humanos.

se había fijado una línea jurisprudencial vinculante relativa al reconocimiento del derecho a la verdad y las obligaciones de investigar los casos de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y otras graves violaciones a los derechos humanos, entre otros.<sup>520</sup>

En ese sentido, la demanda de Teodorico Bernabé debió declararse infundada, a la luz del artículo 202, inciso 2 de la Constitución y del fundamento N° 40 de la sentencia recaída en el expediente N° 4853-2004-AA/TC.<sup>521</sup> En este último caso la regla planteada para los precedentes vinculantes se aplica también a la jurisprudencia vinculante.

Y es que independientemente de que determinadas sentencias sean catalogadas como doctrina jurisprudencial o como precedente vinculante, el hecho es que la vinculatoriedad de los fallos del TC no se derivan de lo que establece CPC en su título preliminar, sino de su propia naturaleza de supremo intérprete de la Constitución.

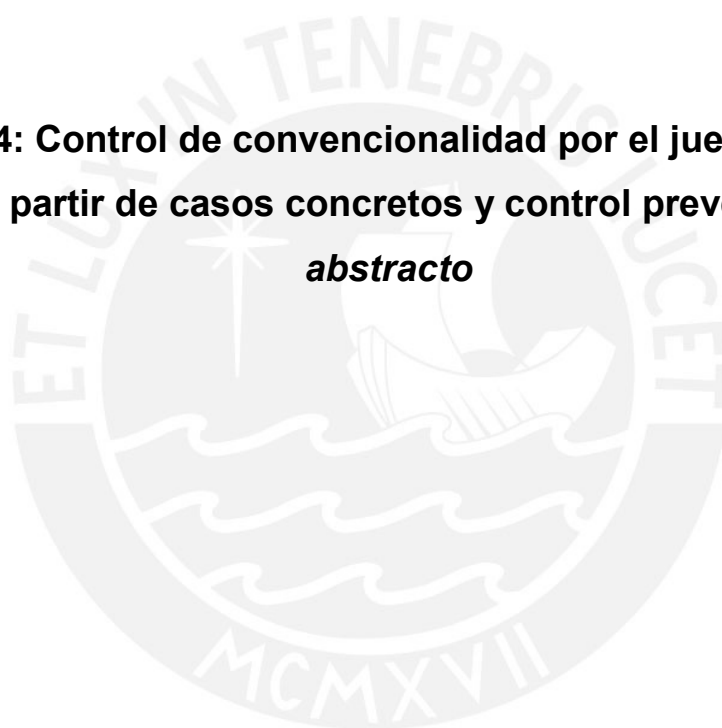
Como quiera que fuere, el fallo comentado refleja una postura hermética, cerrada que deja de lado los estándares interamericanos relacionados con la protección de los derechos del individuo, que promueve la impunidad y se contradice de manera directa con la jurisprudencia interamericana vinculada al caso en cuestión.

---

<sup>520</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 3173-2008-PHC/TC. Voto singular de César Landa, párrafo 7.

<sup>521</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 4853-2004-AA/TC, F.J. 40

**Capítulo 4: Control de convencionalidad por el juez de la Corte  
IDH a partir de casos concretos y control preventivo *in  
abstracto***



#### 4.1 Modalidades de control de convencionalidad en el ámbito interamericano

En conformidad con la línea de trabajo planteada en el capítulo 2 se establecerá un análisis de control de convencionalidad a manera de contraste con las categorías del control de constitucionalidad.

Sobre la base de ello el estudio pretende evaluar la posibilidad de que la Corte IDH se haya constituido como una especie de tribunal de supraconstitucionalidad, lo que le colocaría en una relación de verticalidad respecto de los jueces nacionales.

Esta opción, sin embargo, se ha descartado ya que en la investigación se parte del presupuesto de la subsidiariedad de la función de la Corte IDH (que determina el momento en que el SIDH se activa) y del principio de complementariedad que grafica la constante interacción, diálogo e intercambio entre jurisdicciones nacionales y la Corte.<sup>522</sup>

Por otro lado, a partir de la comparación con el modelo de control constitucional se plantean algunas alternativas que podrían viabilizarse o plantearse a manera de reflexión en el ámbito interamericano. En efecto, la Corte IDH se comporta de alguna manera como un tribunal constitucional, ya que ejerce el rol de último intérprete del SIDH, la finalidad de los procesos de consulta y contencioso es objetiva –en el último caso a la vez hay una dimensión subjetiva– y los efectos de sus opiniones consultivas y fallos involucran a las partes y al resto de Estados<sup>523</sup>.

De lo señalado es importante recalcar que en la tesis se sostiene que el control de convencionalidad se lleva a cabo a través de la vía consultiva y la vía contenciosa.

---

<sup>522</sup> Como se sabe el concepto de complementariedad no se utiliza en términos procesales sino que su contenido trata de graficar aspectos fácticos de la relación entre las jurisdicciones mencionadas. Asimismo, conviene señalar que el término complementariedad suele utilizarse como sinónimo de subsidiariedad, aunque en la tesis los términos mencionados aluden a conceptos distintos.

<sup>523</sup> Por ejemplo, en el caso del TEDH, se le atribuye un rol cuasi-constitucional. Al igual que la Corte IDH, el TEDH resuelve casos que involucran control normativo e incluso control sobre los actos de la judicatura nacional. ALMIRÓN PRUJEL, Elodia. *Aplicación de las resoluciones emanadas de órganos internacionales de derechos humanos y su eficacia en el derecho interno*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2009, pp. 30-31. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Aplicacion de las Resoluciones emanadas de Organos Internacionales de Derechos Humanos y su eficacia en el Derecho Interno.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Aplicacion%20de%20las%20Resoluciones%20emanadas%20de%20Organos%20Internacionales%20de%20Derechos%20Humanos%20y%20su%20eficacia%20en%20el%20Derecho%20Interno.pdf)>

No obstante lo mencionado, la equiparación con un tribunal constitucional pasaría por analizar si existe una relación de verticalidad entre sistemas, lo que en principio se ha descartado. No obstante ello, este ejercicio de este tipo permitiría iniciar una posible reflexión en torno a este tema.

Autores como Albanese, sin embargo, consideran que el control de convencionalidad opera únicamente a través de la segunda de estas vías, porque entiende que la primera de ellas no es vinculante para los Estados y no genera ninguna obligación para los mismos.<sup>524</sup>

Al respecto, existen dos objeciones a este argumento. En principio, en el capítulo 2 se ha afirmado que la noción de control puede aplicarse a la función de consulta, pues el elemento principal de aquella está vinculado a la acción de vigilar que las limitaciones y obligaciones que se imponen a un Estado sean respetadas; en esa lógica la imposición de sanciones es secundaria, no imprescindible para definir al control.<sup>525</sup>

La función consultiva se orienta a promover la observancia de las garantías y principios que protege la CADH, no tanto corregir o reparar las consecuencias de un abuso cometido, sino precisamente prevenir la declaratoria de responsabilidad internacional por la violación real o potencial de los derechos de un individuo o de un grupo de estos; se define entonces como una especie de control preventivo.

Igualmente, la práctica de los Estados y la de la Corte IDH han demostrado que las opiniones consultivas pueden entenderse como vinculantes. Finalmente, el capítulo aborda la naturaleza de los efectos de una declaratoria de inconvencionalidad por parte del juez interamericano. Aquí se contrastan algunos elementos como los de invalidez e inaplicación propios de los efectos de un fallo constitucional.

En el ámbito interamericano el control de convencionalidad se canaliza a través de la vía consultiva y a través de la vía contenciosa. En el capítulo 1 se ha desarrollado el sustento sobre la materia.

Al igual que Laurence Burgorgue-Larsen, en esta tesis se plantea que el control de convencionalidad que se lleva a cabo en sede interamericana se asemeja al control de constitucionalidad en las categorías de control normativo *in abstracto* y control normativo difuso. El control de convencionalidad que se realiza en la vía consultiva se

---

<sup>524</sup> ALBANESE, Susana. *Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad*. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <<http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7996&tipo=2>>

<sup>525</sup> HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, p. 119.

identifica con la primera de las categorías, mientras que el control de convencionalidad que se realiza en la vía contenciosa se relaciona con la segunda de las categorías.<sup>526</sup>

#### **4.1.1 Control de convencionalidad en la vía consultiva**

La función consultiva se encuentra reconocida en la propia CADH. Dicha función, como su nombre lo denota, ha sido calificada como una especie de “consulta” que pueden plantear los Estados miembros de la OEA y los órganos de esta organización, con el objeto de solicitar la interpretación de la CADH y otros instrumentos del SIDH, o para determinar la compatibilidad de las normas nacionales o proyectos de ley en relación con el canon interamericano.

Para llevarla a cabo no se necesita haber aceptado la competencia de la Corte IDH, ni siquiera haber ratificado la CADH. Esta figura es de carácter rogado, es decir, se realiza a pedido de un Estado u órgano de la OEA.

Conviene resaltar que los temas sobre los que puede girar la consulta son bastante más amplios que aquellos sobre los que versan las figuras consultivas de otros sistemas de protección de derechos humanos.

Por ejemplo, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos el único facultado para solicitar una consulta al TEDH es el Comité de Ministros; este puede solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades y de sus Protocolos.<sup>527</sup>

---

<sup>526</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Control de convencionalidad in abstracto y difuso*. Entrevista del 14 de febrero de 2011 a Laurence Burgorgue-Larsen. Asimismo, algunos académicos suelen catalogar al control de convencionalidad que realizan los jueces nacionales como control difuso de convencionalidad, mientras que el control que lleva a cabo la Corte IDH se categoriza como control concentrado de convencionalidad. En la tesis no se hace uso de dicha clasificación en el sentido planteado; se establecen sí, paralelos entre el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH y las clásicas figuras de control constitucional. Por ejemplo uno de los autores que hace uso de estas categorías en el sentido antes mencionado es: FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera Montiel, a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Op. Cit.

<sup>527</sup> Artículo 1 del Protocolo N° 2 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.

Asimismo, la solicitud del Comité de Ministros no puede versar sobre cuestiones que traten del contenido o de la extensión de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio Europeo, ni a las demás cuestiones que podrían ser sometidas en vía de recurso al Tribunal o al Comité de Ministros<sup>528</sup>.

Como se puede observar, los Estados no están facultados para solicitar consultas al TEDH. A diferencia de este caso, en el SIDH, se puede plantear consultas relativas a las leyes de derecho interno (incluidos los textos constitucionales).<sup>529</sup>

En ese sentido, es importante aclarar que en este estudio, se analizará prioritariamente la consulta para leyes y proyectos de ley de los Estados parte del CADH, aunque ello no implica que las reflexiones aquí vertidas también puedan ser aplicadas a los otros supuestos de consulta.

Luego de esta delimitación se puede afirmar que la competencia de la Corte IDH se encuentra reconocida en el propio artículo 64.2 de la CADH y respecto de los proyectos de ley, la atribución se ha planteado a partir de la práctica de la propia Corte IDH.

Hasta el momento la Corte IDH ha emitido 20 opiniones consultivas, de las cuales tres se refieren a leyes, propuestas de reforma constitucionales o proyectos de ley, planteadas por los Estados que forman parte del SIDH.

Al respecto, se quiere visibilizar el hecho que la Corte IDH haya emitido opiniones consultivas relativas a proyectos de ley, aun cuando esta no sea una competencia explícita en la CADH. Dicho tribunal ha indicado que ellas son admisibles y conformes al principio de protección de los derechos reconocidos en los distintos instrumentos del SIDH. Así, se ha indicado:

---

<sup>528</sup> *Ibid.*

<sup>529</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N° 4, párrafo 14. Asimismo, ha señalado: “la Corte estima que una interpretación restrictiva del artículo 64.2 que condujera a que los Estados sólo pudieran invocarlo para solicitar opiniones consultivas sobre leyes vigentes, limitaría indebidamente el servicio consultivo de la Corte”. La conclusión precedente no debe ser entendida en el sentido de que la Corte está obligada a ejercer su competencia para examinar cualquier texto preliminar de leyes o proyectos legislativos. Solamente significa que el mero hecho de tratarse de un proyecto legislativo no basta para privar a la Corte de la competencia para considerar una consulta sobre ella”.

Abstenerse, en consecuencia, de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de "proyectos de ley" y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a "dar efecto" a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos.<sup>530</sup>

Con la explicación sobre este punto se pretende colocar el acento en el control de convencionalidad respecto de proyectos de ley, a manera de prevención frente a posibles afectaciones de los derechos reconocidos en la CADH.

Por otro lado, en relación con las normas de un ordenamiento, el control de convencionalidad en la vía consultiva cumple también con un rol preventivo en la lógica del SIDH, en la medida que el sistema de peticiones ante la CIDH y declaratoria de responsabilidad internacional a nivel de la Corte IDH –si es que se ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH– se fijan a partir de la existencia de una víctima real o potencial.

Ello contrasta con el principio de responsabilidad internacional objetiva que aplicado al caso de estudio establece que esta se genera por la sola emisión de una ley contraria a los estándares de derecho internacional, no siendo necesario que se genere una afectación real o potencial de los derechos del individuo.

No obstante lo mencionado, sería importante que se analizara la alternativa de promover a nivel del SIDH un canal que permitiera declarar la responsabilidad internacional bajo las reglas de la responsabilidad internacional objetiva.

De hecho este es un punto que se aborda hacia el final de este capítulo, concluyéndose que en el estadio actual del SIDH, aun se requiere de la existencia de una víctima, aunque haya algunos avances relativos a la ampliación de dicho concepto.

---

<sup>530</sup> Idem, párrafo 26.



Asimismo, un supuesto de este tipo, conllevaría a reformular el papel de la función consultiva sobre las leyes, pues ya no cumpliría un rol preventivo en términos de las nuevas reglas de responsabilidad internacional que se asumirían en el SIDH.

Ello además conllevaría una discusión relativa a la necesidad de transformar su finalidad, a fin de promover la declaratoria de responsabilidad internacional por violaciones *in abstracto*; también a discutir si se genera una superposición de funciones con la función contenciosa.

Como quiera que fuere, a su vez, el papel de la consulta sobre leyes cumple un rol de protección objetivo para la protección de los principios y derechos que se consagran en el SIDH.

#### **4.1.2 Control de convencionalidad en la vía contenciosa**

Como se ha explicado en el capítulo 1 si bien la CADH no establece de manera expresa la competencia de la Corte IDH para realizar exámenes de convencionalidad, se asume que esta es inherente a su labor jurisdiccional.

En efecto, la Corte IDH debe analizar la compatibilidad de una medida normativa que se ha aplicado a un caso en concreto o que amenaza con surtir efectos sobre la esfera de un individuo, ya que a partir de ello se establece la inconvencionalidad o convencionalidad de dicha norma.

Asimismo, desde la propia lectura del artículo 62.3 de la CADH es posible asumir que la Corte IDH tiene la capacidad para realizar un examen de esta naturaleza en el seno de un proceso contencioso. Como quiera que fuere, en realidad este asunto no parece ser problemático, de hecho en el capítulo solo se da constancia de este ejercicio.

En concreto, lo que pretende discutirse a partir de esta constatación es la posibilidad de admisión de la figura de control abstracto en el SIDH a través de la vía contenciosa. Ello además implica que esta discusión se vincule con la figura de control normativo de leyes que se realiza en la vía consultiva.

#### 4.2 Parámetro controlador, normas objeto de control y usos del control de convencionalidad

Sobre el parámetro controlador se sugiere remitirse al capítulo 1. Es decir, la Corte IDH puede utilizar todos los instrumentos pertenecientes al SIDH, tanto en la vía consultiva como en la vía contenciosa, estos son: La CADH, la CIDFP, la CIPST, la Convención Belem do Pará, el Protocolo de San Salvador, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la jurisprudencia de la Corte IDH, las Opiniones Consultivas y la DAADH.<sup>531</sup>

Conviene señalar que en la vía consultiva, no existe limitación alguna para establecer un control directo, entre el canon interamericano y las leyes o proyectos ley, aunque también podría darse un uso indirecto o interpretativo del primero.

En efecto, tal como se ha establecido en la Opinión Consultiva OC-1/82, la Corte IDH la competencia consultiva de la Corte IDH “puede ejercerse sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al SIDH”<sup>532</sup>.

De hecho, una muestra de lo afirmado es que en sus opiniones consultivas, la Corte IDH ha hecho uso de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño<sup>533</sup>, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>534</sup>, entre otros.

Si bien la competencia de la Corte IDH en relación con los instrumentos que puede utilizar para el contraste normativo es amplia, para los términos de la tesis, se considerará como parámetro de control de convencionalidad a aquellos que han sido mencionados en el primer párrafo. Ello, sin embargo, no quita que el examen de una

---

<sup>531</sup> Existen otros instrumentos a nivel del SIDH que no han entrado en vigor, por lo cual no pueden considerarse como parte del contenido del canon interamericano.

<sup>532</sup> Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), punto resolutive 1.

<sup>533</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

<sup>534</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

ley o un proyecto de ley que se realice a la luz de otros instrumentos pueda denominarse control de convencionalidad, pues se ha señalado que esta técnica se deriva de los principios generales del derecho internacional.

Igualmente, se parte del presupuesto de que el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH en la vía contenciosa se hace tangible tanto en sentido directo, como en sentido interpretativo, dependiendo de la competencia que ejerce la Corte IDH respecto del canon interamericano.

Por otro lado, se ha mencionado en el capítulo 1 que las normas que son objeto de control por parte del juez interamericano son todos los dispositivos pertenecientes a un determinado ordenamiento nacional –incluidas las normas constitucionales–, las interpretaciones que de estas realizan los órganos aplicadores, así como las omisiones legislativas en las que los Estados incurren (independientemente de que hayan surtido efectos o no en un caso concreto).

#### **4.3 Análisis del control de convencionalidad a la luz de las modalidades de control constitucional**

En el capítulo 2 se han planteado las bases para la comparación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. A manera de resumen, ambos tipos de examen se configuran como tipos de control normativo.

Como se constatará, los canales para realizar control de convencionalidad en el ámbito interamericano se asemejan a los exámenes de constitucionalidad en sentido abstracto y también difuso, tanto por la forma en que se llevan a cabo los procedimientos como por los efectos de la declaratoria de inconvencionalidad.

En esa línea, se pretende establecer un símil comparativo entre el control previo *in abstracto* y la función consultiva, y entre el control de constitucionalidad para casos concretos y la función contenciosa de la Corte IDH. Esto a su vez implica analizar los efectos de una Opinión Consultiva y de un fallo emitido en el ámbito contencioso respecto de las leyes o proyectos inconvencionales.

En ese sentido, un elemento que no debe perderse de vista es el hecho que este estudio parte del presupuesto de la horizontalidad de las relaciones entre la Corte IDH y los jueces nacionales, y de manera más específica con los jueces constitucionales.

Por otro lado, si bien se reconoce la existencia de los efectos de las sentencias que van más allá de las partes, tampoco se pierde de vista el hecho que el fallo *per se* no implica una invalidación automática de la norma declarada inconvencional.

Antes bien, el pronunciamiento de la Corte IDH abre una reflexión sobre el concepto de “re-envío” hacia el ordenamiento nacional para la adopción de medidas que conlleven al menos a la inaplicación de la norma a futuro.

En líneas generales, los párrafos que sigue plantean una discusión sobre todos los elementos mencionados.

#### **4.3.1 Función consultiva como control previo de convencionalidad**

La función consultiva puede definirse como un procedimiento de control abstracto en la medida que su propósito está vinculado a la interpretación o declaratoria de incompatibilidad de las normas de derecho interno y proyectos de ley. En ese sentido, no involucra un examen de casos concretos.

Dentro de las modalidades de control normativo, la función consultiva de proyectos de ley encuentra similitudes con la figura de control de constitucionalidad en sentido previo que también recae sobre los proyectos de ley y que además, teóricamente, se ha identificado con la figura de consulta.

Al respecto, podría afirmarse que una discusión sobre el control previo a través de la vía consultiva no tiene utilidad alguna o que no es posible en el marco de un modelo jurisdiccional dirigido a promover el acceso del individuo a instancias internacionales.

De hecho, este podría ser un argumento válido, no obstante también es rebatible. En concreto, si se atiende a la garantía objetiva y colectiva del SIDH, el principio de

prevención calza de manera perfecta con la figura de control previo sobre leyes y proyectos de ley. Precisamente, de esta finalidad es que se deriva la utilidad del análisis planteado. Así, Ruiz Miguel plantea lo siguiente:

(...) la consulta –para el caso del SIDH– parece en principio más idónea para contestar cuestiones abstractas que concretas y, por eso mismo, también más adecuada para resolver dudas preventivamente que a posteriori.<sup>535</sup>

Ruiz Miguel ha planteado algunas similitudes entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en sentido previo. Al respecto, ha señalado que en los ordenamientos estatales la “consulta” al igual que la función consultiva de la Corte IDH determina la compatibilidad de los proyectos de reformas normativas a partir de una norma parámetro.<sup>536</sup>

Es más el autor menciona que este es un canal que permitiría resolver el derecho interno y a partir de ello establece la posibilidad de que la Corte IDH se constituya en una jurisdicción supra-constitucional americana.<sup>537</sup>

Aunque en la tesis se descarta esta posibilidad, se quiere resaltar el parámetro de comparación que establece el propio Ruiz Miguel entre la función consultiva y el control previo de constitucionalidad.

En efecto, en el control de convencionalidad como en el de constitucionalidad el juez interamericano o el juez nacional realizan un examen de control normativo en sentido abstracto entre la norma parámetro y el dispositivo a examinarse.

Asimismo, como se ha explicado, al igual que el proceso de constitucionalidad previo, no existen partes ni afectaciones relativas a la esfera de derechos de un individuo y se promueve por una serie de sujetos legitimados: los estados (consulta interamericana) o los órganos o poderes del mismo (consulta constitucional) son los que pueden plantearlas.

---

<sup>535</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", p. 1362.

<sup>536</sup> *Ibid.*

<sup>537</sup> *Ibid.*

En ambos casos, la consulta declara la inconveniencia o la inconstitucionalidad de la norma examinada, o en el caso contrario, su conformidad con el canon interamericano o constitucional respectivamente.

La consulta que se realiza ante la Corte IDH, sin embargo, difiere de la consulta constitucional en el hecho que la primera se basa en el principio de primacía y la segunda en el principio de jerarquía, que es la esencia de su origen.

Ambas figuras también difieren en el hecho que aquella es optativa y voluntaria, mientras que la consulta constitucional en algunos casos es obligatoria y se constituye en un paso previo a la aprobación de una norma, aunque esta no es necesariamente una regla general.

En el ordenamiento costarricense, por ejemplo, el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, señala que el Directorio de la Asamblea Legislativa deberá consultar de manera obligatoria aquellos proyectos referentes a: 1. reforma constitucional; 2. reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional; 3. aprobación de convenios o tratados internacionales.

Asimismo, es posible plantear un ejercicio de contraste entre el control de constitucionalidad respecto de las leyes y el control de convencionalidad en vía consultiva sobre normas nacionales que tienen vigencia o que siguen surtiendo efectos.

En este supuesto, también se puede hablar de una especie control abstracto, como elemento común a las figuras en comparación, ya que en ambos casos el ejercicio de control normativo consiste en contrastar la norma objeto de examen con la norma parámetro, sin que exista un interés subjetivo de por medio.

Al igual que en el caso de control normativo de proyectos de ley, en uno de los supuestos la norma parámetro es la constitución (formal y material) y en el otro, lo es la CADH y el resto de instrumentos que conforman el canon interamericano.

Asimismo, ya se ha indicado que la función de consulta sobre leyes cumple un rol preventivo frente a la activación del sistema de peticiones ante la CIDH o a la posible declaratoria de responsabilidad internacional de un Estado por la afectación o la amenaza potencial a los derechos de un individuo.

Incluso ello concuerda con la propia noción de control abstracto sobre las leyes. Huerta Ochoa señala que para autores como Weinberger, el control de constitucionalidad *in abstracto* de las leyes tiene como finalidad prevenir conflictos concretos o reales entre normas. Es decir, esta figura no solo protege la coherencia del ordenamiento en sí misma, sino también impide que una norma produzca situaciones de conflicto específicas que afecten la esfera de derechos de un individuo.<sup>538</sup>

Bajo este criterio, el control de convencionalidad de leyes que se realiza a través de la función consultiva encuentra analogías con lo señalado por la autora respecto del control de constitucionalidad. En concreto, cuando una norma se eleva en consulta, a fin de determinar su convencionalidad, la opinión que emita la Corte IDH prevendrá una posible activación del sistema de peticiones ante la CIDH o la eventual declaratoria de responsabilidad internacional del Estado, ya que este dejará de aplicarla<sup>539</sup>.

La definición de la consulta como control previo de convencionalidad no significa que se haya creado una vía idéntica a la vía contenciosa para discutir la convencionalidad de una norma en el SIDH.

En efecto, mientras la Opinión Consultiva busca prevenir y evitar una posible violación o afectación de los derechos del individuo o de un grupo de estos, el sistema de

---

<sup>538</sup> HUERTA OCHOA, Carla. “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, pp. 937-938.

<sup>539</sup> En efecto, no todas las peticiones llegan a la vía contenciosa para ser resueltas por la Corte IDH. De hecho, el reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece en el artículo 45 que se acudirá a la Corte IDH si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y si la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 de la CADH. Incluso el reglamento establece que de no acudir a la Corte IDH, debe llevarse a cabo una motivación al respecto.

Asimismo, el sistema de peticiones se activa para los Estados que no han ratificado la CADH. En el artículo 51 se señala que “la Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

peticiones y el fallo que eventualmente se emite en sede contenciosa buscan reparar o cesar con los actos u omisiones que involucran a un individuo o a un grupo de estos.

De otro lado, un elemento que no debe perderse de vista es que lo afirmado aquí no pretende desvirtuar el rol del sistema de peticiones o comunicaciones del SIDH para casos concretos que se ventilan en un procedimiento ante la CIDH.

En efecto, la Corte IDH ha abordado este tema desde sus primeros pronunciamientos, señalando que la función consultiva no puede utilizarse para discutir una decisión de la CIDH en la que se concluya que hubo una violación de los instrumentos de la CADH o para desvirtuar la eventual activación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH<sup>540</sup>.

En el mismo sentido, en la OC-15/95 la Corte IDH ha indicado que no se encuentra facultada para entrar al examen de un caso en trámite ante la CIDH, aunque ha señalado que ello no es un elemento que sea determinante para declinar su competencia.

De hecho, en la OC-16/97 la Corte IDH se pronunció sobre un caso pendiente de resolución ante la CIDH, alegando que su labor no involucraba un pronunciamiento sobre los hechos que evaluaba esta última, de hecho el pronunciamiento del tribunal versaba sobre el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>541</sup>.

En esa lógica, la regla planteada por la Corte IDH admite excepciones, que se resuelven de manera casuística. Ello no implica, sin embargo, que no se pueda definir a la consulta sobre leyes y proyectos de ley como figura preventiva o como instrumento que contribuye a clarificar o desarrollar los instrumentos del SIDH.

---

<sup>540</sup> Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 22.

<sup>541</sup> CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, párrafo 52.



#### 4.3.1.1 Los efectos de una Opinión Consultiva sobre leyes y proyectos de ley

Un elemento que se debe discutir y que es transversal al marco de este enfoque es si la función consultiva en general posee carácter jurisdiccional y si sobre la base de ello es vinculante.

En efecto, esta discusión también se ha realizado en el plano constitucional, por lo cual en este aspecto también existe un paralelismo sobre la materia. En efecto, algunos elementos de ella se plantean aquí, sobre todo en el aspecto vinculado con la evolución de la figura y la conciencia de obligatoriedad de la materia.

Así, en este documento se asume que la función consultiva, en efecto, no fue concebida como jurisdiccional, pero en el momento actual podría plantearse como tal. En ese sentido, se plantean las dos posiciones sobre el tema.

##### 4.3.1.1.1 La posición negativa

De acuerdo con la Corte IDH, la función consultiva se define como un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos de la OEA a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.<sup>542</sup>

La regla general es que se diferencie entre la función consultiva y la función jurisdiccional, partiendo de la noción de la “consulta” u “opinión” como no vinculante o no obligatoria para quien la plantea.

Así, hay quienes opinan que el hecho que las Opiniones Consultivas sean seguidas por los Estados revela únicamente la naturaleza orientadora de este instrumento, pero que ello no implica que se le pueda atribuir naturaleza jurisdiccional a esta función de la

---

<sup>542</sup> Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 43.

Corte. Hitters, por ejemplo, señala que la fuerza de la Opinión Consultiva radica en la autoridad moral y científica de la Corte.<sup>543</sup>

De la misma opinión es Albanese, quien establece que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce a las sentencias emitidas en la vía contenciosa, ya que en ella la Corte IDH actúa como un órgano asesor y colaborador de los Estados, para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.<sup>544</sup>

Ahora bien, ello se refuerza a partir de lo que señala el artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH de 1980 y sus posteriores reformas en 1982 y 1991, ya que diferencia entre la función jurisdiccional y la función consultiva, excluyendo a esta última del primer concepto.

No obstante ello, lo establecido en el Estatuto ha sido rebasado por el devenir de los años y la práctica del SIDH en relación a la “función consultiva”. En efecto, cabe una interpretación histórica, y evolutiva en relación al papel de la Corte IDH y el ejercicio de la función consultiva, para determinar si esta es o se asemeja al concepto de jurisdicción, que hemos reseñado conforme a la teoría procesal y constitucional.

De otro lado, al ser el Estatuto de la Corte IDH un instrumento secundario que permite o coadyuva a entender la norma primaria, es decir, la CADH, no termina siendo determinante o inamovible para concluir que la función consultiva de la Corte IDH es distinta a la jurisdiccional.

Ahora bien, la Corte IDH, en un primer momento ha asumido que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la CADH.<sup>545</sup>

En esa lógica, la Corte IDH ha planteado que las opiniones consultivas no son obligatorias desde el punto de vista jurídico, pero también ha afirmado que poseen

---

<sup>543</sup> HITTERS, Juan Carlos. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 10, julio-diciembre, 2008, p. 150.

<sup>544</sup> ALBANESE, Susana. *Derechos Humanos: estudio de casos y opiniones consultivas*. Tomo I. Editorial de Belgrano: Buenos Aires, 1997, pp. 33-34.

<sup>545</sup> Corte IDH. “Otros Tratados” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 51.

trascendencia doctrinal para dilucidar el alcance, contenido e interpretación de la CADH y otros tratados,<sup>546</sup> lo que deja un poco, en el estado de sombras a la figura en análisis.

Otro de los argumentos esbozados por parte de la Corte IDH para negar el carácter jurisdiccional de la función consultiva es el hecho que los procedimientos de consulta no cuentan con partes ni actores para el establecimiento de un proceso contradictorio.

A la vez ha indicado que un elemento fundamental para diferenciar el concepto de jurisdicción de la categoría función consultiva se basa en el hecho que esta última no determina la responsabilidad internacional de un Estado por la afectación del canon interamericano.<sup>547</sup>

De las citas anteriormente planteadas se desprende que el concepto de jurisdicción que se maneja en el ámbito del SIDH involucra los siguientes elementos:

- La existencia de controversia relativa a la violación o amenaza de los derechos de un individuo o un grupo de estos.
- La existencia partes en el proceso y el elemento de litigio o contradicción.
- La declaratoria de responsabilidad internacional y la consecuente imposición de la obligación de reparación (al menos en vía contenciosa).
- La obligatoriedad de las decisiones (al menos en vía contenciosa).

En concreto, esta definición se ha planteado a la luz de un concepto de jurisdicción que coloca el acento en la controversia entre “las partes” –individuos y Estados– y en la declaratoria de responsabilidad internacional y la reparación como facultad del tribunal internacional.

De hecho, estos son elementos que se desprenden de la interpretación de los artículos 63.1 y 68 de la CADH, que se refieren a los efectos de los fallos emitidos en sede

---

<sup>546</sup> Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrafo

<sup>547</sup> Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 22; *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafo 19; *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12, párrafo 20.

contenciosa por la Corte IDH y a la obligación de cumplir los fallos por parte de los Estados involucrados.

Así las cosas, el concepto de función consultiva que se ha manejado por la doctrina y en sus inicios por la Corte IDH no cabe dentro de tal definición. Razones no faltan para justificar ello, pues cuando la Corte emite una Opinión Consultiva no establece la debida reparación que el Estado debe cumplir; además la consulta tampoco se plantea a partir de la supuesta afectación o amenaza de los derechos de un individuo o grupo de estos.

No obstante ello, el concepto de jurisdicción como tal también puede ser aplicable a los procedimientos de control abstracto y de carácter previo. En esencia, el elemento principal de la jurisdicción se centra en la posibilidad de que el dictamen o fallo de un tribunal adquiera el carácter de decisión firme.

Los elementos planteados por la Corte IDH como componentes de la figura de jurisdicción, podrían flexibilizarse, no solo plantearse en términos de clásica definición “contenciosa”. Si es que no se admitiera ello, incluso los procesos de control de constitucionalidad de control abstracto no podrían ser calificados como jurisdiccionales.

Pero aún así, el propio procedimiento que establece la Corte IDH para la solicitud de una Opinión Consultiva, en realidad apunta a una configuración basada en una lógica análoga a la del proceso contencioso.

En ese sentido, en términos procesales, tampoco podría descartarse la idea de que la función de consulta, al menos en los procesos de carácter previo, pueda adquirir naturaleza jurisdiccional.

Por otro lado, un elemento que no debe perderse de vista es el de la jurisdicción voluntaria. Como se sabe la Opinión Consultiva puede ser solicitada por cualquier Estado miembro de la OEA, independientemente de que haya ratificado la CADH o haya aceptado o no la competencia de la Corte IDH para resolver demandas en la vía contenciosa.

No obstante lo mencionado, la formalidad de aceptación de competencia contenciosa de la Corte IDH, tampoco determina si una figura es o no jurisdiccional. En el caso de la función consultiva de la Corte IDH su jurisdiccionalización no depende de un acto de aceptación por parte de un Estado, sobre todo, si es que su finalidad no es declarar la responsabilidad internacional y las reparaciones por afectación o amenaza a un sujeto de derechos, sino prevenir la misma.

#### **4.3.1.1.2 ¿Es posible que la función consultiva sobre leyes y proyectos de ley haya adquirido naturaleza jurisdiccional o vinculante?**

Aunque la función consultiva nació como institución no vinculante, puede decirse que en la práctica se identifica con la función jurisdiccional en el sentido de la obligatoriedad que genera un pronunciamiento de la Corte IDH.

Al respecto, Faúndez plantea que el hecho que el reglamento de la Corte IDH haya utilizado el término “Opinión Consultiva”<sup>548</sup> –inexistente en la CADH y tomado del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia– para referirse al dictamen que emite la Corte IDH ha generado dificultades para comprender el alcance los efectos de la función consultiva.<sup>549</sup>

Ahora bien, en relación con la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se ha reflexionado sobre sus alcances. Roberto Ago ha analizado si las opiniones consultivas de la CIJ poseen carácter obligatorio, y aunque concluye que esta figura no es vinculante refiere a sus lectores que algún sector de la doctrina sostiene que se ha generado un acercamiento entre el proceso contencioso y el consultivo.<sup>550</sup>

<sup>548</sup> Se considera no vinculante a la luz del criterio del sentido común de los términos.

<sup>549</sup> FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. Op. Cit. p. 989.

<sup>550</sup> AGO, ROBERTO. “Las opiniones consultivas “obligatorias” de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y hoy”. En RAMA-MONTALDO, Manuel (editor). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum. Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Económica, 1994, p. 1083.

Conviene señalar que en algunos casos se le ha otorgado a las opiniones consultivas de la CIJ un carácter decisorio. Si bien es cierto, el Estatuto de la CIJ no otorga carácter decisorio a las Opiniones Consultivas, otros instrumentos sí le atribuyen esta característica.

Por ejemplo, la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de la ONU ha establecido que en el caso que surja una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas por una parte, y un Miembro por la otra, se

En efecto, citando a Benvenuti, Ago señala tanto el plano consultivo como el contencioso, descansan sobre los mismos principios fundamentales de objetividad, lo que en ambos casos conduce a definir y establecer la existencia de obligaciones de sujetos de derecho internacional.<sup>551</sup>

A partir de lo mencionado en este acápite también se esbozan algunos argumentos que sustentan la vinculatoriedad de la Opinión Consultiva, entre ellos se puede mencionar al argumento evolutivo y el hecho que el concepto de jurisdicción incorpora también a los procesos de naturaleza preventiva.

De otro lado, se descartan algunos argumentos que sostienen que el cumplimiento de las opiniones consultivas se basan únicamente en el deber de buena fe. Si bien este es un argumento válido, debe buscarse razones que identifiquen a la función de control preventivo con el concepto de jurisdicción.

En efecto, se hace necesario distinguir los efectos de la consulta emitida en el ámbito de la Corte IDH sobre leyes o proyectos de ley de los que generan las recomendaciones de la CIDH.

Esta última conforme al artículo 41.b de la CADH, puede formular a los Estados miembros de la OEA –en este estudio a los Estados parte de la CADH– la adopción de medidas progresivas en favor de los derechos humanos a través de las leyes internas y los preceptos constitucionales de los Estados.

Al respecto, la Corte IDH ha precisado que la CIDH ostenta facultad para dictaminar si una norma de derecho interno es o no violatoria de la Convención en el marco de los procesos en trámite (conforme a los artículos 49 y 50 de la CADH) o en el caso de los

---

solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal relativa al tratado y que la **opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisiva.**

Igualmente, en el caso del Tribunal Administrativo de la OIT, su estatuto señala en el artículo XII, que en el caso de que surjan controversias sobre el fallo emitido por este órgano, el Consejo de Administración de la OIT someterá el tema en consulta a la CIJ, y los efectos de la opinión emitida serán obligatorios.

<sup>551</sup> *Ibíd.*

informes o estudios que le envíen los Estados en aplicación del artículo 42 de la CADH.<sup>552</sup>

En relación con ello habría que indicar o recalcar que las opiniones consultivas de la Corte IDH se diferencian cualitativamente de las recomendaciones de la CIDH; para empezar este órgano no ejerce el rol de último intérprete, y por otro lado los informes o recomendaciones de la CIDH se asumen como no vinculantes, lo que se refleja en el hecho que la Corte IDH no esté obligada a seguir los estándares de dicho órgano.<sup>553</sup>

Asimismo, habría que identificar el momento en que estas se emiten y la finalidad de ambas figuras. Como se ha mencionado, la función consultiva es siempre un examen abstracto de carácter preventivo, mientras que ante la CIDH involucra un examen de hecho, relativo a violaciones específicas de los instrumentos del SIDH y el cumplimiento de sus recomendaciones se guía por el principio de buena fe.

#### 4.3.1.1.2.1 Similitudes entre la función consultiva y la función jurisdiccional

Ruiz Miguel indica que la función de consulta, cuyo origen se halla en el derecho romano, tiene semejanzas con la función contenciosa, aunque no llega a equiparar a la consulta con el concepto de jurisdicción, a lo más la califica como cuasi-jurisdiccional.

No obstante ello, coloca el acento en el hecho que esta adquiere un carácter obligatorio cuando la opinión es negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el Derecho internacional) o cuando es interpretativa, es decir, cuando de entre varias posibilidades interpreta que sólo una es conforme con el Derecho internacional.<sup>554</sup>

---

<sup>552</sup> 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)*, párrafo 37; *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 39.

<sup>553</sup> En esa tesis se reconoce el valor y la importancia de las recomendaciones de la CIDH, que incluso, en comparación con la Corte IDH, pueden contener mayores avances en cuanto a la protección de los derechos del individuo, sin embargo no se consideran vinculantes.

<sup>554</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", p. 1352.

Igualmente, Espósito, sin afirmar que la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia tiene o podría adquirir naturaleza jurisdiccional, plantea que estas presentan efectos, en la práctica, confluyentes a los de los fallos de la Corte Internacional de Justicia. En ese sentido, les otorga el carácter de autoritativas o morales.

(...) las opiniones consultivas se apartan radicalmente de los efectos de las sentencias sólo en la teoría, pero no en la práctica, donde confluyen en gran medida. Esta confluencia se produce tanto por el alto grado de autoridad de las opiniones consultivas como también por los inconvenientes que se encuentran en el plano de la ejecución de las sentencias.<sup>555</sup>

A luz de este párrafo, se puede afirmar que existe una similitud entre la función jurisdiccional y la consulta que se entiende en dos sentidos: en sentido fuerte por el grado de influencia de las opiniones consultivas en los Estados; en sentido débil por el grado de incumplimiento por parte de los mismos. Y en efecto, a pesar del incumplimiento de los fallos emitidos por los tribunales internacionales, estos siguen definiéndose como productos de orden jurisdiccional.

Ahora bien, hay quienes señalan que aunque la función consultiva pueda generar dichos “efectos” cualquier proceso de “consulta” llevado ante un tribunal de justicia, no posee naturaleza jurisdiccional, aunque no por ello dejan de ser una especie de control jurídico.<sup>556</sup>

Manuel Aragón señala que en el caso de los procedimientos de control previo o de consulta a nivel constitucional, aunque se trata de mecanismos judiciales, no adquieren la categoría de jurisdiccional en la medida que el resultado de la opinión no es la expulsión de una norma: ya que lo que se consulta es la constitucionalidad de un proyecto de ley, antes que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.<sup>557</sup>

Esta afirmación que pretende ser general, parece errada. En efecto, negar el carácter jurisdiccional a la consulta por resolver temas relativos a proyectos de ley no concuerda con el concepto de jurisdicción (que en esencia se centra en el efecto vinculante).

<sup>555</sup> ESPÓSITO, Carlos. *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*. Consulta: 01 de agosto de 2011. <[www.glocaltrento.com/.../05e\\_La\\_jurisdiccion\\_consultiva\\_de\\_la\\_Corte](http://www.glocaltrento.com/.../05e_La_jurisdiccion_consultiva_de_la_Corte)>

<sup>556</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, democracia y control*, pp. 139-141.

<sup>557</sup> *Ibid.*



En efecto, la jurisdicción no solo permite resolver conflictos vigentes o reparar un atentado contra el orden constitucional, sino que también es posible referirse al concepto de jurisdicción preventiva ya sea en el proceso civil o penal o en los procesos constitucionales.

Las medidas cautelares se emiten en el marco de procesos jurisdiccionales y su naturaleza es preventiva, no por ello dejan de ser jurisdiccionales o vinculantes. De hecho, como indica Cairo, el concepto de jurisdicción no puede definirse únicamente como reparador.<sup>558</sup>

En esa misma lógica, las medidas provisionales que emite la propia Corte IDH incluso antes de que se inicie un proceso contencioso se consideran vinculantes, ya que se trata de actos jurisdiccionales de la Corte IDH, sujetos al cumplimiento de las condiciones establecidas en la Convención.<sup>559</sup> De hecho, del artículo 63.2 de la CADH al igual que del reglamento de la Corte IDH, CADH se desprende que las medidas provisionales son vinculantes.

Del mismo modo, los procesos constitucionales de la libertad también pueden plantearse de manera preventiva frente a una amenaza de violación de derechos – recuérdese además que estos tienen una dimensión objetiva y subjetiva, lo que supone que no solo se protege la esfera del individuo sino la institucionalidad y los principios constitucionales–.<sup>560</sup>

Ahora bien, cuando se examinan los procesos de control previo en el orden constitucional de los Estados se observa que las llamadas “consultas” pueden generar efectos obligatorios para quienes las plantean. Basta dar una mirada a ordenamientos como el colombiano, chileno, panameño y boliviano para confirmar la afirmación realizada.

<sup>558</sup> CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia constitucional y poder político*. Lima: Palestra, pp. 209-224.

<sup>559</sup> INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS. *Oportunidades y obstáculos para el acceso de las víctimas al sistema interamericano de protección de derechos humanos*, p. 244, Bogotá: 2009, consulta: 01 de diciembre de 2011, <[http://www.proyectofortalesder.org/publicaciones.shtml?scl=38&apc=da1--&scr\\_38\\_Go=4](http://www.proyectofortalesder.org/publicaciones.shtml?scl=38&apc=da1--&scr_38_Go=4)>

<sup>560</sup> Por ejemplo, en el ordenamiento peruano se reconoce la procedencia de los procesos constitucionales de la libertad frente a una amenaza inminente de violación de los derechos del individuo, e incluso cuando esta ya ha cesado. Véase artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

En el ordenamiento peruano, aunque la figura de control previo de constitucionalidad no existe, el TC ha hecho referencia a ella en la sentencia recaída en el expediente N° 0002-2009-PITC. En concreto, ha establecido una especie de analogía entre el principio de competencia y el control previo sobre los tratados internacionales que opera delimitando la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, sin llegar a afirmar que son lo mismo<sup>561</sup> –por ejemplo, el TC ha señalado que el mecanismo para la aprobación de un tratado que modifica la Constitución conforme al artículo 57 de la Constitución no es un control previo–.<sup>562</sup>

Así, se ha indicado que la aplicación del test de competencia debiera operar de forma obligatoria a efectos de crear certeza y predictibilidad en el proceso de formación de un tratado internacional, lo que en la práctica se asemejaría a una especie de control previo obligatorio con efectos vinculantes.<sup>563</sup>

Estos ejemplos, lo único que intentan demostrar es la posibilidad de que las instituciones a las que se llama “consulta” sean en realidad mecanismos de carácter jurisdiccional o se encuentren en camino hacia ello. Sin duda, ello dependerá de quien diseñe la figura, el constituyente en el derecho interno o el acuerdo y práctica de los Estados en sede internacional.

#### 4.3.1.1.2.2 El argumento evolutivo

La vinculatoriedad de la función consultiva podría sustentarse en el argumento evolutivo. En efecto, en el derecho las instituciones y sus funciones van cambiando o adoptando nuevos roles conforme al desenvolvimiento de diversos hechos, contextos, y a la necesidad de hacer efectivos los derechos reconocidos en pactos de orden internacional.

De hecho, esto no es ajeno al DIDH, este sería el caso del Comité de Derechos Humanos. Al respecto, considérese la Observación General N° 33 titulada “Las

<sup>561</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 0002-2009-PI/TC, 08 de febrero de 2010, FJ. 66-67.

<sup>562</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0018-2009-PI/TC, 26 de abril de 2010, FJ. 13-14.

<sup>563</sup> *Ibid.*

obligaciones de los Estados partes en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político”.

En dicho documento el Comité señaló que su labor se asemeja o ha adquirido el espíritu de un órgano jurisdiccional, ya que los Estados se encontrarían obligados a hacer efectivas las medidas que este disponga en las comunicaciones individuales.

Aunque la función desempeñada por el Comité de Derechos Humanos al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial, los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y **el carácter determinante de las decisiones**.<sup>564</sup>

A partir de ello, se indicó que los Estados deben cumplir lo establecido por el Comité a través de las Comunicaciones individuales, e indemnizar a las víctimas de los casos en mención, para lo cual deben implementar, en el derecho nacional, la legislación necesaria que permita cumplir con las “recomendaciones” del Comité:

“La mayoría de los Estados no tienen legislación específica para incorporar o hacer efectivas las recomendaciones del Comité en sus ordenamientos jurídicos”. El derecho nacional de algunos Estados partes, sin embargo, permite otorgar una compensación económica para las víctimas de las violaciones de derechos humanos declaradas como tales por las entidades internacionales. En cualquier caso, los Estados partes deben utilizar alguna vía de incorporación de las recomendaciones del Comité”.<sup>565</sup>

En principio, la labor del Comité de Derechos Humanos, calificada como “determinante” por él mismo, es un ejemplo de la manera en que las instituciones de derecho internacional, o mejor dicho, los órganos de protección van adquiriendo un rol más relevante que el que les brindó originalmente el tratado que les dio origen, la doctrina y los propios Estados.

---

<sup>564</sup> COMITÉ DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Observación General N° 33, párrafo 11. El subrayado es nuestro.

<sup>565</sup> Idem, párrafo 20, la traducción es nuestra.

No obstante ello, parece contradictorio que el Comité, indique que el deber de los Estados de incorporar de sus recomendaciones, deriva del deber de buena fe. Un aspecto importante podría haber sido el de la práctica relativamente uniforme de los Estados, pero no hizo referencias concretas a ningún caso en específicas (más bien fueron genéricas).

Ahora bien, en relación con la función consultiva de la Corte IDH, la práctica de los Estados y la del propio tribunal permite considerar que la misma podría asumirse como vinculante.

En efecto, en la Opinión Consultiva OC-15/97, este tribunal afirmó que la Opinión Consultiva tiene efectos jurídicos innegables, aunque no concluye que esto se equipare a la función contenciosa o jurisdiccional de la Corte.

Además, aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.<sup>566</sup>

Esto encuentra correlato con la práctica de los Estados, ya que en no pocas ocasiones los tribunales nacionales toman en consideración los alcances de una Opinión Consultiva para delimitar la constitucionalidad de una norma o determinar si se ha afectado algún derecho convencional.

Como ya se ha afirmado en el acápite sobre el contenido del parámetro interamericano, las Opiniones Consultivas han generado cambios en los ordenamientos estatales y la propia Corte IDH hace referencia a las mismas cuando resuelve casos en la vía contenciosa.

En efecto, en atención del principio de universalidad, ante un caso semejante (consultivo o contencioso), la Corte debe aplicar el mismo criterio. De acuerdo con el principio en mención, los jueces deben fundamentar sus decisiones con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que

---

<sup>566</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15, párrafo 28.

estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.<sup>567</sup> Bajo este principio el juez no está autorizado a utilizar criterios caprichosos o sin fundamento para aplicar reglas distintas a casos iguales o semejantes.

Este principio es el que la Corte IDH aplica cuando utiliza lo señalado en una Opinión Consultiva con relación a los contenidos de los instrumentos del canon interamericano, a fin de resolver un caso contencioso. La Corte tampoco estaría en posibilidad de modificar una interpretación sin motivación alguna, lo que incluye a las opiniones consultivas.

Resulta ilustrativo lo que indica Wildhaber al respecto de los precedentes en el ámbito del sistema europeo de protección de los derechos del individuo. El autor explora una serie de casos en los que se ha generado un “autoprecedente” del TEDH y también otros en los que este Tribunal aplica la técnica del “distinguish” y el “overruling” a fin de demostrar la vinculatoriedad que generan sus sentencias.

“El curso normal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que en otros lugares, es seguir el precedente. Cuando los hechos de un nuevo caso son, evidentemente, o razonablemente diferentes, la Corte, debe recurrir a la técnica de “distinguish” para apartarse de los casos anteriores” (independientemente de que se use o no terminología)<sup>568</sup>.

Para muestra de ello da cuenta de los casos *Ress c. Reino Unido*, *Cossey c. Reino Unido* y *B. c. Francia*, relativos a los derechos de los transexuales. A diferencia de *Cossey* y *Ress*,<sup>569</sup> en el caso *B c. Francia*, se declaró la violación del artículo 8 (derecho a la vida privada) del Convenio Europeo, pues el Estado impidió a la víctima modificar en el registro civil los datos relativos al sexo de nacimiento. El autor resalta en que en el último de estos casos se ha modificado parte del precedente fijado en los fallos previos a los que se ha hecho mención.

<sup>567</sup> MONDRAGÓN REYES, Salvador. Op. Cit. p. 144.

<sup>568</sup> WILDHABER, Luzius. “Precedent in the European Court of Human Rights”. En MAHONEY. Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. Op. Cit. pp. 1538-1539.

<sup>569</sup> En los casos *Ress* y *Cossey*, las víctimas –dos transexuales operados– alegaron la violación del artículo 8 del Convenio Europeo, ya que la legislación británica les impedía modificar datos relativos al sexo en el registro civil. Sobre el tema el TEDH señaló que el derecho a la vida privada no había sido afectado, para lo cual indicó que al tiempo del dictado de la sentencia y en las condiciones existentes no se puede considerar que exista violación al artículo 8, sin perjuicio de la necesidad de establecer medidas jurídicas acordes con la evolución de la ciencia y de la sociedad.

En la misma lógica se puede afirmar que la Corte IDH también realiza este ejercicio no solo en relación con sus fallos contenciosos sino también en casos contenciosos que involucran o se vinculan con el contenido de determinadas opiniones consultivas.

El caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* da cuenta de ello. En el fallo, la Corte IDH trata de justificar que la protección del derecho a la vida de los condenados a pena de muerte no se aparta de la regla de responsabilidad internacional establecida en la OC-14/94<sup>570</sup>.

Esta regla indica que en un caso en el que los derechos del individuo se vean afectados por una norma, la vía contenciosa se activa siempre que dicho dispositivo sea autoaplicativo o cuando haya un acto de aplicación del mismo<sup>571</sup>, no siendo posible plantear un caso ante la Corte IDH si es que la norma no ha sido aplicada o no ha generado efectos.

En realidad, el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* puede calificar como un ejemplo de “distinguish” en la medida que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por una potencial violación del artículo 4.1 de la CADH, lo que es distinto a una violación real.

No obstante ello, este ejemplo revela que la Corte IDH considera que lo establecido en la Opinión Consultiva es vinculante y trata de justificar o brindar razones para no apartarse de la misma, tratando de atribuirle a la norma que impone la pena de muerte carácter autoaplicativo o inmediato en relación con el derecho de un individuo a no ser privado de la vida de forma arbitraria.<sup>572</sup>

En ese sentido, se puede apreciar que la Corte IDH lleva a cabo un ejercicio de autolimitación que permite brindarle coherencia al SIDH, por esa razón es que también se afirma que la Opinión Consultiva tiene efectos vinculantes.

---

<sup>570</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 116.

<sup>571</sup> Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafos 41-46.

<sup>572</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 116.

#### 4.3.1.1.2.3 El diseño del proceso consultivo ante la Corte IDH

Si bien es cierto existen diferencias entre el proceso de consulta y el proceso contencioso,<sup>573</sup> también existen semejanzas entre ellos. Este es un argumento formal, aunque no determinante que permite afirmar que incluso en el caso de la función consultiva la Corte IDH ha esbozado la posibilidad de que dicho procedimiento se configure en términos del principio contradictorio.

Si se observa el reglamento de la Corte, la función consultiva tiene un diseño de procedimiento análogo al del proceso contencioso, aunque la Corte IDH lo defina como multilateral y no litigioso. Luego de que en el artículo 72 establece los requisitos para la presentación de la consulta, en el artículo 73 del reglamento de la Corte IDH establezca que el procedimiento consultivo tiene una fase escrita y oral si es que la Corte considera que ello es conveniente.

##### **Artículo 73. Procedimiento**

1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario **transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.**
2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.
3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.
4. **Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia.** En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente.

---

<sup>573</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 25.

De otro lado, el propio artículo 74 del reglamento en mención señala que al procedimiento consultivo le son aplicables las disposiciones del título II que desarrollan el procedimiento contencioso ante la Corte IDH, en lo que fueren compatibles.

La exigencia de partes en el proceso como elemento configurador del concepto de jurisdicción, si bien tiene razón de ser en un proceso contencioso, no necesariamente es un elemento preponderante en la definición del concepto como tal.

Aun con esta objeción, el proceso de consulta involucra a los demás Estados tal como lo establece el artículo 73, inciso a del Reglamento de la Corte IDH, en ese sentido, el procedimiento se adecua al requisito del contradictorio. Incluso la propia Corte IDH ha señalado que el Estado u órgano que solicita a la Corte una Opinión Consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.<sup>574</sup>

Este elemento es de suma relevancia porque denota que el proceso de consulta se encuentran intrínsecamente vinculado con el principio de garantía objetiva del SIDH, del cual también se deriva la noción de “cosa interpretada” de los fallos emitidos en sede contenciosa.

En la misma lógica, al igual que en la vía contenciosa, en un caso en que el Estado decida retirar la consulta planteada, la Corte IDH ha señalado que puede continuar con el proceso iniciado, pues la decisión del Estado no la vincula.<sup>575</sup> En concreto, realiza un ejercicio de analogía con la vía contenciosa, en la que tiene la facultad de continuar con el conocimiento de la causa, aun cuando haya desistimiento de la parte demandante.

Más allá de estas consideraciones sobre el procedimiento, hay quienes afirman que la similitud de estas figuras (la consultiva y la jurisdiccional) se refleja en el hecho que ambas implican una labor de orden interpretativo, de fijación de contenidos, de motivación y establecimiento de estándares que aplicará a futuro en otros casos.

---

<sup>574</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafos 25 y 26; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 47.

<sup>575</sup> Corte IDH. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 27. En este caso, el Estado chileno retiró el pedido de consulta, no obstante ello la Corte IDH decidió continuar con el proceso.



En ambos casos se establece si una norma vulnera el parámetro interamericano, independientemente de que haya o no víctimas, aunque no tanto en la lógica de una declaratoria de responsabilidad internacional con la consecuente reparación, sí en la de plantear interpretaciones, dilucidar los contenidos del canon interamericano y prevenir una demanda en la vía contenciosa.

En efecto, tanto en el ejercicio de la función consultiva como de la función contenciosa, la Corte IDH actúa en su calidad de último intérprete. Esta afirmación y equiparación de la función de un tribunal internacional con la de intérprete máximo (en el ejercicio de ambas funciones) no es ajeno al derecho internacional.<sup>576</sup>

Por ello, parece contradictorio afirmar que solo una parte de sus pronunciamientos es vinculante, mientras que otra no lo sea, basándose en el argumento que plantea que mientras la función de consulta se configure como tarea preventiva no encaja como una labor jurisdiccional.

#### **4.3.1.4 Conclusiones sobre la naturaleza de la función consultiva de la Corte IDH**

Habrán quienes digan que todos los elementos expuestos aquí permiten catalogar a la función consultiva como tarea “cuasijurisdiccional”.<sup>577</sup> Ello es inexacto en la medida que se deja en el estado de sombras a la figura en mención.

Así, el planteamiento de esta tesis apunta a que el contenido de la función consultiva, para el caso de los proyectos de ley y las leyes se considere vinculante respecto de quien la solicita y también para aquellos Estados que no están involucrados directamente.

---

<sup>576</sup> Por ejemplo, Espósito atribuye a la CIJ el carácter de juez o intérprete constitucional en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. En concreto, su condición de “órgano judicial principal” genera una obligación de contribuir al cumplimiento de los propósitos de la Carta y de cooperar dentro del sistema jurídico de las Naciones Unidas.

“En este sentido, la Corte nunca ha rechazado interpretar normas constitucionales de la Carta de las Naciones Unidas. Esta interpretación ha estado constituida por la prevalencia de principios impregnados de los conceptos definidos en los propósitos de la Carta de Naciones Unidas, por lo que se puede afirmar que la Corte ha realizado una interpretación *constitucional* de las normas en cuestión”. ESPOSITO, Carlos.

Op. Cit.  
<sup>577</sup> Ibid.

En ese sentido, también se espera que tanto la doctrina como la propia Corte IDH consideren que sus efectos no solo se derivan del deber de buena fe sino de la propia naturaleza de la función jurisdiccional que ejerce este tribunal. En la práctica esta posición viene consolidándose *ad extra* de la configuración inicial del Pacto, los convenios, estatutos y reglamentos de la Corte IDH y la CIDH.

Al respecto, Medina considera que las opiniones consultivas tienen innegables efectos jurídicos, morales y políticos y que pretender negarlos por cuestiones meramente procesales es contrario a la interpretación teleológica que debe guiar el estudio y aplicación de las normas relativas a la protección de los derechos humanos.<sup>578</sup>

En ese sentido, se puede afirmar que las Opiniones Consultivas se consideran vinculantes, por lo que el concepto de jurisdicción del SIDH se habrá modificado y no debe entenderse únicamente en los términos de los artículos 63 y 68 de la CADH.

Es decir, la obligatoriedad de las decisiones, elemento esencial del concepto de jurisdicción de la Corte IDH no solo se define como característica de los casos contenciosos en los que hay una violación –real o potencial– de los derechos de un individuo y por ende responsabilidad internacional.

La jurisdicción como tal, también incorpora a las opiniones consultivas. En ese sentido, el concepto de jurisdicción debe admitir también un elemento relativo al principio de prevención, de hecho este es uno de los fundamentos que sustentan la tesis relativa a los efectos generales a sus fallos.

Tal como se ha explicado, llamar jurisdicción a lo procesos de tipo preventivo no es algo irrealizable, los ejemplos que se han tomado de la jurisdicción nacional lo demuestran. Y además, el derecho internacional se retroalimenta constantemente del derecho interno, y viceversa; es un ejercicio válido establecer comparaciones, a fin de analizar las instituciones jurídicas en sentido evolutivo.

---

<sup>578</sup> MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Extracto preparado por los autores para el curso". En CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Capacitación en derechos humanos de operadores de la justicia de Guatemala. Compilación de materiales de Lectura*, p. 29. Consulta: 01 de diciembre de 2011, <[http://www.estadodederechodh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion\\_Materiales\\_Guatemala.pdf](http://www.estadodederechodh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion_Materiales_Guatemala.pdf)>

Asimismo, en términos extra-jurídicos, admitir que la función consultiva es vinculante sería menos costoso para los Estados, ya que si aplican lo señalado por la Corte IDH, evitan los costos que genera la violación de los derechos de un individuo y la activación de un eventual proceso contencioso, que involucra pago de reparaciones, costas y costos y el detrimento de la imagen del Estado ante la comunidad internacional.

De otro lado, los sujetos legitimados para solicitar a la Corte una consulta relativa a las leyes y proyectos de ley, en principio son los Estados, como lo establece la CADH y el reglamento de la Corte; sin embargo, en un futuro esta legitimidad también podría atribuirse a los propios individuos, si lo que se pretende es promover una protección objetiva y preventiva de los derechos del individuo.

En ese sentido, habría que discutir si este supuesto es una especie de acción popular en sentido preventivo o tendrá por objeto declarar la responsabilidad del Estado (Ver acápite 4.4).

#### ***4.3.2 Control de convencionalidad en la vía contenciosa como control ex – post***

En este acápite se analiza o establece un símil comparativo entre el control de orden constitucional y el control de convencionalidad en la vía contenciosa de la Corte IDH. Así, se examinan las modalidades de control de convencionalidad teniendo en cuenta los modelos de control abstracto y difuso, aunque salvando las distancias explicadas en el capítulo 2.

De otro lado, cabe señalar que en este ejercicio la comparación o contraste con el examen de constitucionalidad ex – post se fortalece en función de los efectos de un fallo de la Corte IDH.

Es decir, si bien se trata de un examen normativo a partir de casos en concreto, los efectos del fallo involucran medidas que van más allá de las partes; en esa lógica el examen de convencionalidad se asemeja más a los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad en sentido abstracto.

#### 4.3.2.1 El control de convencionalidad ex – post a partir de casos de víctimas reales

Esta modalidad es de sobra conocida, es decir, surge cuando se resuelve un caso en el que existe una víctima real y concreta cuya esfera de derechos ha sido afectada por los efectos de una norma –directos o por un acto de aplicación de la misma–.

Por ejemplo, a nivel interamericano existen casos sobre leyes electorales que violan los derechos políticos; las leyes que no aseguran las reglas del debido proceso; las omisiones legislativas que impiden el acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

En concreto, estos casos se examinan a partir de la activación del sistema de peticiones para lo que se tiene en cuenta las reglas de competencia y admisibilidad que establecen la CADH y el reglamento de la Corte IDH.

En efecto, el control de convencionalidad se realiza siempre que exista una presunta víctima a quien se le haya afectado la esfera de derechos reconocida en la CADH. El 46 de la CADH, como los reglamentos de la CIDH y la Corte IDH establecen ello como parte de los requisitos para el inicio de los procedimientos.

En concreto, el artículo en mención, plantean que la admisibilidad de una petición ante la CIDH, exige información relacionada a la figura del presunto lesionado. En efecto los artículos en mención señalan de manera específica lo siguiente:

##### Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
  - b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos.

A partir de estos dispositivos, tanto la Corte IDH como la CIDH han establecido como elemento fundamental la existencia de una víctima para conocer determinado caso y pronunciarse sobre el fondo. En efecto, esta posición se refuerza con el artículo 47, b de la CADH que establece que la CIDH declarará inadmisibile una comunicación si es que esta no expone hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la CADH.

Por su parte, el Reglamento de la Corte IDH ha establecido como requisito para el sometimiento del caso ante su jurisdicción, que la CIDH o el Estado demandante incorporen a su solicitud los datos de los representantes de las presuntas víctimas; igualmente el artículo 37 de dicho instrumento establece la figura del Defensor Interamericano para proteger los derechos de las víctimas que no cuentan con representación legal.

En ese sentido, se puede afirmar que el proceso ante la Corte IDH está estructurado sobre la base de la existencia de una víctima, aunque en el artículo 35, inciso 2 del reglamento de dicho órgano también se ha establecido la posibilidad de proteger a víctimas no individualizadas.<sup>579</sup>

Ahora bien, en cuanto a la similitud de esta modalidad de control de convencionalidad con el control de constitucionalidad difuso, se podría establecer que en ambos casos, la norma objeto de control se analiza a partir de un caso en concreto. Al mismo tiempo, ambos procesos tienen una dimensión objetiva, es decir, protegen los derechos en sí mismos, no solo a la víctima del caso.

Otra similitud entre ambos tipos de control son los efectos *ultra partes* de los fallos, como se ha visto en el capítulo 2, la figura de control difuso en diversos ordenamientos puede conllevar efectos generales en la inaplicación de una norma. En el caso de las

---

<sup>579</sup> Artículo 35, 2 del Reglamento de la Corte IDH señala: “Cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctima”.

sentencias de la Corte IDH, los efectos son siempre generales, cosa juzgada para el Estado condenado y cosa interpretada para los Estados parte del SIDH.

No obstante ello, las diferencias son claras en cuanto el examen de convencionalidad que se lleva en sede interamericana, ya que este se realiza sobre la base del principio de primacía.<sup>580</sup>

Asimismo, se puede afirmar que el ejercicio que realiza la Corte IDH no consiste necesariamente, en inaplicar una norma a un caso en concreto, sino en declarar su incompatibilidad o en todo caso determinar que existe una interpretación conforme al parámetro interamericano.

En efecto, ello tiene sentido y razón de ser en la medida que el control a cargo de la Corte IDH no se erige como un examen de cuarta instancia, por lo que no está en posibilidad de inaplicar una norma de fuente distinta a la suya (revisar capítulo 2). Antes bien, lo que la Corte IDH podrá efectuar es la declaratoria de incompatibilidad y “**re-enviar**” al derecho interno sus conclusiones, a fin de que tomen las medidas convenientes.

Ello concuerda con la lógica del principio de subsidiariedad, que impone la actuación de la Corte IDH solo cuando los sistemas nacionales no resulten reparadores u oportunos y que exige que sean estos los encargados de aplicar las decisiones de los órganos del sistema interamericano, al adoptar para ello las medidas para reparar la inconvencionalidad.

A la vez, el “**re-envío**” da cuenta de la existencia de una interacción constante que se da entre la justicia interamericana y los Estados (jueces y otras autoridades) en relación con la ejecución del fallo. Igualmente, se puede hacer referencia a la complementariedad que surge entre los sistemas nacionales y el SIDH en la medida que a partir de los fallos condenatorios o en los que se libera al Estado de

---

<sup>580</sup> Hay quienes plantean una similitud entre el proceso de amparo y la petición ante la vía contenciosa de la Corte IDH. Así ha sido denominado por Cappelletti: recurso de amparo individual a nivel supranacional el cual se ejerce con base en un bill of rights transnacional. AYALA CORAO, Carlos. “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”. *Foro Constitucional Iberoamericano*. Madrid, N° 7, pp. 1-74. Consulta: 15 de julio de 2011. <<http://www.idpc.es>>

responsabilidad internacional se construyen estándares mínimos relativos al contenido de los derechos del individuo.

En las líneas que siguen se colocan algunos ejemplos sobre el control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH a partir de la configuración de violaciones concretas de derechos reconocidos en la CADH u otro instrumento del parámetro interamericano.

No obstante ello, los ejemplos que se mencionan no configuran la totalidad de casos en los que se ha realizado control de convencionalidad, existen al menos 43 fallos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo este ejercicio, los ejemplos que se mencionan han sido elegidos de forma aleatoria.

Sin embargo, se puede mencionar que el examen de convencionalidad a cargo de la Corte IDH se encuentra ya presente en casos como el de *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Castillo Petruzzi vs. Perú*, cuyos fallos fueron emitidos en la década del noventa. Otros de más reciente data son los casos *Palamara Iribarne vs. Chile*, *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, entre otros más recientes.<sup>581</sup>

#### **4.3.2.1.1 Examen de convencionalidad sobre leyes migratorias**

En el caso *Vélez Loor*, la Corte IDH cuestionó la legislación panameña (Decreto Ley N° 16, artículos 67 y 85) que establecía medidas punitivas o de restricción de la libertad para los migrantes en situación de irregularidad que incumplieran con su orden de deportación.

---

<sup>581</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

La legislación se examinó a partir de la situación que enfrentó el señor Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, quien fue condenado por el Director de la Dirección Nacional de Migración (Decreto Ley N° 16, artículos 67 y 85) a dos años de prisión, tras haberse constatado que había incumplido con los términos de las órdenes de deportación de los años 1996 y 2002.<sup>582</sup>

A partir del caso en mención, se analizó el contenido del artículo 67 que a la letra especificaba que los extranjeros condenados a la deportación que eludieran dicha pena, serían obligados a realizar trabajos agrícolas en la Colonia Penal de Coiba, por dos (2) años y a salir del país al cumplirse este periodo.

En relación con la pena impuesta en aplicación de este dispositivo, la CIDH y los representantes de la víctima alegaron que se habían vulnerado los derechos de Vélez Loor, ya que este recibió una sanción de orden punitivo, lo que es una demostración del fenómeno de criminalización de la migración irregular.

Al respecto, la Corte IDH afirmó que el artículo 67 del Decreto Ley N° 16 de 1960 no perseguía una finalidad legítima y era desproporcionado, pues establecía una sanción punitiva de carácter obligatorio para los extranjeros que eludieran una orden de deportación previa; en ese sentido, se vulneró el artículo 2 de la CADH, en relación con el 7.3 del mismo texto normativo.<sup>583</sup>

En efecto, planteó que las medidas privativas de la libertad no debían tener un fin punitivo, sino excepcional y aplicarse durante el menos tiempo posible. A partir de estas consideraciones la Corte IDH estableció que la privación de libertad impuesta al señor Vélez Loor con base en dicha norma constituyó una violación al artículo 7.3 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En relación con la inconvencionalidad de la norma analizada, la Corte IDH señaló que el Estado de Panamá tenía la obligación de implementar medidas alternativas de orden administrativo para regular la situación de los migrantes en situación de irregularidad;

---

<sup>582</sup> Vélez Loor fue recluso en un centro penitenciario distinto al que establecía la Ley N° 67, es decir, no fue recluso en la Colonia Penal de Coiba.

<sup>583</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 172.



igualmente, indicó que de imponerse una medida restrictiva de la libertad personal, ésta debía hacerse solo en casos concretos y cuando fuera estrictamente necesario y proporcional.<sup>584</sup>

Así, estableció lo siguiente:

Serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.<sup>585</sup>

Ahora bien, el Decreto Ley N° 16 sobre Migración, fue derogado el 22 de febrero de 2008. De hecho, este fue un alegato presentado por el Estado para evitar la declaratoria de responsabilidad internacional. No obstante ello, la Corte IDH declaró la afectación de los derechos antes mencionados.

Aun con la declaratoria de incompatibilidad, la Corte IDH no sugirió la reforma de la legislación panameña en la medida que la Ley 16 de 1960 fue derogada en el 2008 por nueva normativa que regula la materia migratoria.

En efecto, el Decreto Ley 3 del 2008, estableció la derogación del Decreto Ley 16 de 1960, y eliminó las disposiciones contrarias a la CADH que se han mencionado líneas arriba, entre ellas, la pena de prisión por ingreso ilegal reincidente a Panamá. En otras palabras, el Estado ya había introducido una reforma que impediría aplicar a futuro la norma declarada inconvencional.

#### **4.3.2.1.2 Examen de convencionalidad sobre leyes electorales**

##### **4.3.2.1.2.1 Inconvencionalidad de leyes que exigen la conformación de partidos políticos como único canal para participar en procesos electorales**

De 1990 al 2000, Yatama (Organización de los Hijos de la Madre Tierra, en lengua miskita), participó en procesos electorales regionales (1990 y 1994), municipales

---

<sup>584</sup> Idem, párrafo 171.

<sup>585</sup> Ibid.

(1996) ya que ostentaba la condición de “Asociación de Suscripción Popular”, es decir, una forma de organización no partidaria prevista en la Ley Electoral de 22 de abril de 1988 que podía participar en este tipo eventos.

En el año 2000, como consecuencia de las reformas introducidas por la Ley Electoral N° 131, Yatama se vio forzada a asumir la estructura e inscribirse como partido político, para poder participar en las elecciones municipales programadas para el 5 de noviembre del año 2000. No obstante ello, se le impidió participar en el proceso electoral ya que el Consejo Supremo Electoral emitió una resolución en la que advertía que Yatama no alcanzó el porcentaje de firmas necesario para constituirse como partido (3% de los ciudadanos).

Entre los aspectos analizados por el tribunal interamericano se encuentra el relativo al requisito de constituirse como partido político que imponía la legislación electoral para participar válidamente en un proceso electoral.

Al respecto, la Corte IDH condenó al Estado por la violación del artículo 2 y el artículo 23 de la CADH, ya que la norma en mención restringió las posibilidades de participar en el proceso electoral a los pueblos indígenas, pues los obligaba a organizarse de una forma ajena a sus costumbres, desconociéndose sus derechos como colectivo.

En efecto, la Corte IDH indicó que la CADH no establecía que los derechos de participación política pudieran ejercerse únicamente a través de un partido político. Así, indicó que si bien los partidos eran organizaciones importantes en un Estado democrático también afirmó que debían reconocerse otras formas de organización a través de las cuales se impulsen candidatura de grupos específicos de la sociedad, como los pueblos indígenas.<sup>586</sup>

La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obliga}n al Estado a respetar las formas de

---

<sup>586</sup> Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafos 214-220.

organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.<sup>587</sup>

Así, estableció como reparación a cargo del Estado, la modificación de la normativa nicaragüense que asegure la participación política de los pueblos indígenas nicaragüenses. Asimismo, señaló que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce de esta población de su derecho a ser elegidos.

#### 4.3.2.1.2 Inconvencionalidad de leyes que impiden el acceso a un recurso efectivo en materia electoral

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte IDH declaró la inconvencionalidad de las disposiciones normativas que afectaban el artículo 25 de la CADH. En específico, la Corte IDH analizó el artículo 173 de la Constitución Nicaragüense en la que se establecía que las resoluciones en materia electoral no admiten “recurso alguno, ordinario ni extraordinario”; igualmente, se examinó la Ley de Amparo que establecía la improcedencia de dicho recurso “contra las resoluciones dictadas en materia electoral”.

Debido a estas disposiciones, Yatama se vio impedido de impugnar la decisión del Consejo Supremo Electoral que le impidió participar en el proceso electoral del año 200. Aunque Yatama planteó un recurso de amparo, este fue declarado improcedente por la Corte Suprema que sustentó su decisión en la interpretación literal de las normas mencionadas.<sup>588</sup>

Al respecto, la Corte IDH declaró que se había violado el artículo 25 de la CADH al admitirse una interpretación del texto constitucional que impedía plantearse recursos contra las decisiones de la autoridad electoral.

---

<sup>587</sup> Ídem, párrafo 218.

<sup>588</sup> De acuerdo a los hechos que figuran en la sentencia, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de amparo interpuesto por YATAMA, declarándolo improcedente, alegando que el artículo 173 de la Constitución disponía que contra las resoluciones de dicho órgano no cabe recurso ordinario ni extraordinario. En esta decisión la Sala de lo Constitucional indicó que las únicas decisiones del Consejo Supremo Electoral recurribles a través del amparo eran las relativas a materia administrativa referidas a partidos políticos, no mencionó las diferencias existentes entre los asuntos relativos a partidos políticos y la materia electoral.  
Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafo 172.

En efecto, dicho tribunal indicó que si bien Constitución de Nicaragua establecía que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos, ello no significaba que dicho Consejo no debía estar sometido a controles judiciales.

A decir de la Corte IDH la independencia del órgano electoral respecto de otros poderes del Estado no era incompatible con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

En ese sentido, señaló que el Estado debía adecuar su legislación a fin de establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten derechos humanos.

Igualmente, de manera más reciente, en el caso Castañeda Gutman, la Corte IDH ha realizado un examen de convencionalidad relativo a la legislación mexicana que no proveía de recursos efectivos para proteger los derechos políticos de los candidatos independientes (que no hubieran sido respaldados y presentados por los partidos políticos) en los procesos electorales. (Ver apartado sobre omisiones legislativas).

#### **4.3.2.1.3 Examen de convencionalidad sobre leyes procesales penales**

En 1999 el periodista Mauricio Herrera Ulloa fue condenado penal y civilmente por haber publicado en el diario “La Nación” diversos artículos que reproducían parcialmente información de periódicos europeos en los que se señalaba supuestas actividades ilícitas en las que habría incurrido el señor Félix Przedborski, quien ejercía el cargo de cónsul *ad honorem* de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria.

El señor Herrera fue procesado luego de que el señor Przedborski interpusiera dos querellas en su contra en relación con cuatro artículos de autoría del periodista. Estos hechos dieron lugar a la emisión de un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación.

El caso llegó ante la Corte IDH, alegándose entre otras cosas, la afectación del artículo 8.2 h de la CADH. De acuerdo con los representantes de la víctima, dicho derecho se habría afectado en el caso en concreto en la medida que el ordenamiento costarricense no tenía previsto el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior.

Si bien, la legislación procesal penal señalaba que la sentencia condenatoria derivada de un proceso penal se podía recurrir mediante un recurso de casación, éste no cumplía con las características o reglas mínimas impuestas por el parámetro interamericano para la configuración de los recursos de segunda instancia.

De acuerdo a la legislación, la casación se podía plantear siempre que se cumpliera con determinados requisitos o con los supuestos que establecía la norma para su procedencia; en ese sentido, en esta instancia no se permitía a las partes del proceso plantear o introducir elementos probatorios que permitieran demostrar la comisión del delito o la ausencia de responsabilidad.

En efecto, legislación costarricense establecía que “contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación”. Más allá de la denominación del recurso, el diseño del mismo, impedía la reapertura del caso a pruebas, y la nueva valoración de las ya producidas. La casación se admitía únicamente si es que se presentaba alguno de los supuestos del artículo 369 del Código Procesal Penal.<sup>589</sup>

La Corte IDH confirmó que la norma impedía una revisión integral de la resolución del caso en primera instancia.

---

<sup>589</sup> El artículo 369 del Código Procesal Penal establece que los defectos de la sentencia que justifican la casación son los siguientes: a) que el imputado no esté suficientemente individualizado; b) que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado; c) que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en el Código; d) que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; e) que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva; f) que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; g) la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; h) la inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación; e i) la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

(...) Los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.<sup>590</sup>

Asimismo, la Corte IDH señaló que se había vulnerado el artículo 2 en relación con el artículo 8.2 h en la medida que los recursos que pudo interponer el condenado no satisficieron los requisitos del segundo de los dispositivos de la CADH.

En concreto, se concluyó que el recurso diseñado por la legislación costarricense era más bien ineficaz o ilusorio debido a que éste resultaba complejo en las formalidades exigidas para su trámite, pero también porque impedían al juzgador realizar un examen completo de todas las cuestiones debatidas en el tribunal inferior.

Así, la Corte IDH señaló que el Estado costarricense debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la CADH, en relación con el artículo 2 de la misma.

#### **4.3.2.1.4 Control de convencionalidad sobre omisiones legislativas**

Los casos en los que se ha controlado una omisión legislativa están vinculados principalmente por la falta de tipificación del delito de desaparición forzada o la tipificación incompleta del mismo, todo ello se encuentra en clara violación de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada.

En ese sentido, se puede mencionar los casos Trujillo Oroza vs. Bolivia, Ticona Estrada vs. Bolivia, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Gómez Palomino vs. Perú, en los que se ha indicado que la inacción del legislador ha impedido investigar y sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas ocurridas durante los regímenes dictatoriales en Perú y Bolivia.<sup>591</sup>

<sup>590</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 167.

<sup>591</sup> 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; *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191; *Caso Gómez Palomino*

En los casos en mención, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la obligación de cumplir con el deber general de garantía, es decir, investigar y sancionar a los responsables del delito; para ello, deben revertir la omisión en acción legislativa, de lo contrario, en opinión de dicho tribunal, impiden que el derecho a la tutela jurisdiccional de la víctima y sus familiares, así como sus derechos conexos se hagan efectivos.

Un ejemplo de control sobre omisiones legislativas es el caso *Castañeda Gutman vs. México*. En el año 2004, al señor Castañeda Gutman se le denegó el derecho de inscripción como candidato independiente para postular al cargo de Presidente de la República, dado que el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establecía que únicamente los partidos políticos nacionales tienen el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección.

Castañeda Gutman entabló un proceso de amparo con la finalidad de revocar el pronunciamiento del Instituto Federal Electoral, aunque este recurso fue declarado improcedente en todas las instancias judiciales. Los jueces sustentaron que el cuestionamiento de acuerdo a lo que señalaban las leyes electorales se realizaba a través del proceso de control de constitucionalidad –de competencia exclusiva de la Corte Suprema–.<sup>592</sup>

En ese sentido, se analizó si la legislación mexicana proveía a los individuos un recurso que les permitiese cuestionar la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido y solicitar su inaplicación o invalidación.

En efecto, la Corte IDH analizó la figura del amparo, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales de los Ciudadanos, y también si el individuo tenía legitimidad para iniciar un proceso de inconstitucionalidad que cuestionase la legislación electoral.

---

*vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*.

<sup>592</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafo 116.

Al respecto, la Corte determinó que el juicio de amparo no era la vía adecuada porque la legislación nacional no admitía la impugnación de las resoluciones electorales a través de este canal, aunque luego determinó que ello no era incompatible con la CADH siempre y cuando se provea otro recurso de similar naturaleza para proteger los derechos electorales.<sup>593</sup>

No obstante ello, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales tampoco era un canal que permitiese a Castañeda Gutman discutir el contenido de la norma electoral y su constitucionalidad o convencionalidad.

En relación con esta figura, existían dos dificultades al respecto, la accesibilidad al recurso y la efectividad del mismo. En relación con la accesibilidad, la Ley de Impugnación Electoral establecía como requisito de procedencia del proceso destinado a proteger el derecho político de inscripción de la candidatura, que la víctima hubiese sido propuesta por un partido político.<sup>594</sup>

Con relación a la efectividad del recurso, la Corte IDH en el proceso de Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales el Tribunal Electoral no estuvo en condiciones de evaluar si el artículo 175 del Código Electoral era compatible con la Constitución Federal.<sup>595</sup>

En efecto, el artículo 10 de la Ley de Impugnación Electoral establecía que los medios de impugnación de las decisiones electorales eran improcedentes, si a través de ellos se cuestionaba la “no conformidad de las leyes federales y locales con la Constitución”.

Asimismo, el artículo 105 de la Constitución establecía que la Corte Suprema poseía la competencia exclusiva para analizar la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución, es decir, la única vía para impugnar una ley federal electoral era la acción de inconstitucionalidad, que a la vez es un proceso de restringida legitimidad activa, al que el señor Castañeda Gutman no podía acceder de forma individual.

---

<sup>593</sup> Ídem, párrafo 92.

<sup>594</sup> Ídem, párrafos 98-133.

<sup>595</sup> Ídem, párrafo 116.



Por estos motivos, la Corte IDH concluyó que en el momento en que ocurrieron los hechos en México no existía un recurso efectivo posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la CADH.<sup>596</sup>

Sin embargo, en el año 2007, México había implementado una reforma constitucional en la que se ha establecido que las salas del Tribunal Electoral pueden resolver la inaplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución (artículo 99).<sup>597</sup>

En ese sentido, se concluyó que el Estado mexicano debía adecuar la legislación interna secundaria de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007,<sup>598</sup> a fin de concretar la adecuación de su derecho interno a la CADH.

Otro ejemplo de una omisión legislativa es el caso relativo a la falta de regulación legislativa de los procedimientos para hacer efectivo el derecho del condenado a pena de muerte a solicitar una amnistía, indulto o conmutación de la pena que se reconoce en el artículo 4.6 de la CADH. En el caso *Raxcacó vs. Guatemala* se constató que el ordenamiento nacional no contaba con un procedimiento pertinente para ello, en concreto se había derogado la facultad del presidente para conceder el derecho de gracia (a través del Decreto No. 32/2000).

Así, se estableció, como medida de reparación, la adopción de una norma que desarrollara el procedimiento para la solicitud de un indulto por cuenta de un condenado a pena de muerte:

(...) la adopción, dentro de un plazo razonable, de un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto o conmutación de pena, conforme a una regulación que establezca la autoridad facultada para concederlo, los supuestos de procedencia y el trámite respectivo.<sup>599</sup>

---

<sup>596</sup> Ídem, párrafo 131

<sup>597</sup> Ídem, párrafos 226-231.

<sup>598</sup> Ídem, párrafo 231.

<sup>599</sup> Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrafo 132, ii.

#### 4.3.2.2 Control de convencionalidad ex-post sobre normas que aun no han surtido efectos en la esfera de derechos de la víctima: víctima potencial

En ese acápite se busca canalizar el examen de convencionalidad respecto de normas que aun no han sido aplicadas o han generado efectos sobre la esfera de derechos de un individuo, pero que tienen la potencialidad de hacerlo de **manera real y concreta**.

Así, el canal más adecuado para obtener protección de parte del SIDH ante una situación de este tipo es el de la víctima potencial. A partir de esta figura se genera la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado denunciado.

Esta es una forma de sancionar al Estado por la emisión de la norma, aunque aun no haya sido aplicada a un caso concreto (leyes sobre pena de muerte), funciona a manera de prevención de una violación concreta y también otorga una protección objetiva de los estándares del SIDH en sí mismo.

Ello además tiene sentido a la luz del principio de garantía objetiva que dota a los fallos de la Corte IDH de efectos generales respecto del Estado responsable internacionalmente. De esta forma se canalizaría o ejercería control sobre normas aun no aplicadas a la esfera de derechos de un individuo, como sucede en el Sistema Universal y el Sistema Europeo de Derechos Humanos. En atención a ello se plantearan algunos aspectos sobre la figura en cuestión.

De otro lado, el concepto de víctima potencial también se encuentra en el derecho interno, como se ha señalado, en el ordenamiento peruano por ejemplo, es posible plantear un examen de control normativo a partir de situaciones que se generan por la amenaza de un acto de aplicación de una norma (ver capítulo 3). En ese sentido, también existe un paralelismo entre las técnicas de control normativo del derecho interno y el derecho internacional.

#### **4.3.2.2.1 La viabilidad del concepto de víctima potencial en el DIDH**

El concepto de víctima potencial no es nuevo en el DIDH, de hecho, este se ha desarrollado en el sistema universal y en sistema europeo de derechos humanos. La figura en mención se aplica a casos en los que un individuo alega una amenaza real a algún derecho humano o fundamental del que es titular, es decir, cuando aun no se ha concretado una afectación en concreto.

Si bien a través de esta figura se recurre nuevamente a un interés subjetivo para activar la vía contenciosa de la Corte IDH, también permite sancionar la existencia de la norma en sí misma, ya que al igual que en el caso que exista una víctima real o concreta, la declaratoria de incompatibilidad en realidad va más allá del caso resuelto.<sup>600</sup>

En las líneas que siguen, conviene dar cuenta del uso de la figura en mención en los distintos sistemas de protección de derechos humanos.

#### **4.3.2.2.2 La víctima potencial en el Sistema Universal de Derechos Humanos**

El Comité de Derechos Humanos, en el caso *S. Aumeruddy-Cziffra y 19 mujeres mauricinas vs. Mauricio* (1981) y en otros casos ha hecho referencia a la víctima potencial.

En el caso de las islas Mauricio, se examinó las modificaciones a la ley de inmigración de Mauricio que estipulaban que los hombres extranjeros casados con mujeres mauricianas perdían la residencia en el país –de la que gozaban en razón de su matrimonio– y debían solicitar un permiso de residencia que podía ser negado o revocado sin recurso judicial.<sup>601</sup>

<sup>600</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Derecho Internacional de los derechos humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias”. En INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiado. Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. San José: IIDH-ACNUR, 1994, pp. 77-168.

<sup>601</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Aumeeruddy-Cziffra y otros c. Mauricio*, comunicación N° 35/1978, 9 de abril de 1981.

En dicha comunicación, el Comité indicó que el procedimiento de comunicaciones no estaba pensado en términos de procesos en los que se cuestionase la compatibilidad de una norma de derecho interno *in abstracto*.<sup>602</sup>

No obstante ello, abrió la posibilidad de promover comunicaciones a favor de posibles víctimas o víctimas potenciales, “si la ley o práctica no se ha aplicado ya concretamente en perjuicio de esa persona, debe, al menos, ser aplicable en forma tal que **el riesgo que corra la presunta víctima de sufrir sus efectos sea más que un posibilidad teórica**”.<sup>603</sup>

En esa misma línea, el Comité ha brindado protección de esta naturaleza en otros casos. En *Ballantyne, Davidson and McIntyre c. Canadá* se planteó que las disposiciones legales vigentes en Québec que prohibían el uso del idioma inglés en avisos publicitarios –en aras de la protección del uso del idioma francés– eran discriminatorias.

Si bien dos de los autores de las comunicaciones seguían publicitando los servicios de sus negocios en idioma inglés, era probable que en cualquier momento se les pudiera notificar sobre supuestas infracciones a la Carta de la Lengua Francesa, toda vez que la ley estaba vigente, aunque había sido cuestionada en la vía constitucional.

Este era un caso que encajaba en el concepto de víctima potencial, por tal motivo el Comité consideró que se podía subsumir dentro de los requisitos que establece el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>602</sup> *Ibid.* De hecho, en el caso *André Braun c. Francia* del año 2006, el Comité mantiene la misma posición: En cuanto a las alegaciones del autor en relación con los artículos 6 y 17 del Pacto, el Comité recuerda que nadie puede, en abstracto y por *actio popularis*, impugnar una ley o una práctica que considere contraria al Pacto. Quien se pretenda víctima de la violación de un derecho protegido en el Pacto deberá demostrar bien que el Estado Parte, por acción u omisión, ha atentado contra el ejercicio de su derecho, bien que el atentado es inminente, fundándose por ejemplo en el derecho en vigor o en una decisión o una práctica judicial o administrativa”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Toonen c. Australia*. Comunicación 488/1992, 25 de diciembre de 1991.

También se entiende que no es admisible la figura de *actio popularis* en la medida que el Protocolo Facultativo

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), exige que el demandante sea la propia víctima de la violación (persona física) o su representante legalmente acreditado.

<sup>603</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio*, párrafo 9.1.

En el caso en concreto, sin embargo, no se aplicó el concepto en sí mismo, ya que 17 de las mujeres peticionarias al no ser casadas no corrían el peligro de ser afectadas o perjudicadas en el disfrute del derecho a contraer matrimonio de la igualdad entre cónyuges.

Este dispositivo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.<sup>604</sup>

#### 4.3.2.2.3 La víctima potencial en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el concepto de víctima potencial también ha sido desarrollado a partir de la distinción entre normas autoaplicativas y normas heteroaplicativas. Así, se puede hacer referencia a diversos casos que abordan el tema y contrastan la naturaleza del sistema con la figura de control abstracto.

Sobre el punto, Egli ha señalado, que aunque el CEDH no admite la figura de *actio popularis*, el TEDH ha encontrado la forma de brindar protección al individuo frente a posibles amenazas a sus derechos a través del artículo 34 del CEDH, encuadrando dentro de su contenido a la figura de víctima potencial.<sup>605</sup>

El caso *Klass and others vs. República Federal de Alemania* plantea una situación en la que determinada legislación permitía la interceptación de correos y comunicaciones de los individuos.<sup>606</sup> El peticionario no había sufrido los efectos de la norma, no obstante ello, el TEDH admitió la demanda, señalando que una persona podía ser potencialmente por una ley aún en la “ausencia de cualquier medida específica de implementación.

<sup>604</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Caso André Braun c. Francia*. Comunicación N° 1453/2006, 18 de octubre de 2006.

Igualmente, en el caso *Toonen vs. Australia* de 1992, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el peticionario podía pretender la condición de víctima de una violación de su derecho a la vida privada porque había una ley que penalizaba las relaciones sexuales con mutuo consentimiento entre adultos de sexo masculino, aunque el autor no hubiera sido encausado.

<sup>605</sup> EGLI, Patricia. “Protocol No. 14 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Towards a More Effective Control Mechanism”. *Journal of Transnational Law & Policy*. Tallahassee, N° 17, otoño, 2007, p. 6 Consulta: el 07 de octubre de 2011. < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+J.+Transnat'l+L.+%26+Pol'y+1&srctype=smi&srcid=3B15&key=d49e7911a3fb9a87434634becfad765>>

<sup>606</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Klass and others c. Federal Republic of Germany*, Expediente N° 5029/71, 06 de setiembre de 1978.

“en principio, no basta al demandante sostener que una ley viola por el mero hecho de su existencia los derechos de los que goza de acuerdo con el Convenio; dicha ley debe haber sido aplicada en detrimento de aquél. Sin embargo, una ley puede violar por sí misma los derechos de un individuo si éste soporta directamente sus efectos; en ausencia de una medida específica en ejecución”.<sup>607</sup>

El mismo criterio ha sido adoptado en la jurisprudencia relativa al caso *Marcks vs. Bélgica* (1979). En este caso, a partir del concepto de víctima potencial, se discutió la convencionalidad de la legislación belga que impedía el establecimiento de la filiación entre la madre soltera y su hijo por el mero hecho del parto –se establecía por la vía del registro como hijo natural–, e imponía una serie de restricciones vinculadas con los derechos sucesorios de este último.

Al respecto, el Estado belga alegó que la demanda consistía en el análisis teórico o *in abstracto* de dispositivos que no habían sido aplicados a las víctimas, pues durante el tiempo transcurrido entre el nacimiento de la niña Marckx y su adopción –la adopción se realizó para asegurarle derechos patrimoniales– por la propia madre, no se intentó hacer efectivos los derechos sucesorios de la niña (en ese momento, hija natural)

La legislación belga brindaba al hijo natural derechos sucesorios inferiores a los del hijo legítimo, aquel solo podía detentarlos si es que la madre no tenía parientes con derecho a sucederla, y en el caso que le correspondieran, solo podía acceder a las tres cuartas partes de la porción que le correspondía a los hijos legítimos. La legislación también impedía que el hijo natural recibiera una donación *inter vivos* o por testamento por parte de su madre.

En ese sentido, el TEDH estableció su discrepancia con estas afirmaciones, señalando que el Convenio faculta a los individuos a sostener que una ley viola sus derechos, aun en ausencia de un acto de ejecución, si se corre el riesgo de sufrir sus efectos.

---

<sup>607</sup> Párrafo de la sentencia en el caso *Klass and Others c. Federal Republic of Germany*, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coordinador). *El sistema europeo de protección de derechos humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1983, p. 462. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Klass and others c. Federal Republic of Germany*, Expediente N° 5029/71, 06 de setiembre de 1978.

Además indicó que el artículo 25 del Convenio no establece o exige la presencia de un perjuicio real para definir el concepto de víctima.<sup>608</sup>

Sobre el tema, el Tribunal también señaló que la existencia de una norma que generaba un trato desigual entre los hijos naturales y matrimoniales carecía de justificación razonable y que el hecho de que la madre se haya visto obligada recurrir a una adopción para evitar este trato discriminatorio era incompatible con el Convenio Europeo.<sup>609</sup>

Incluso, luego de que la niña Marckx fue adoptada, la legislación le impedía que gozara de los derechos de sucesión *ab intestato* con relación a la familia de su madre. Este tema también fue cuestionado por el TEDH y declarado incompatible con el CEDH, bajo la noción de la víctima potencial.

Asimismo, en el fallo de análisis, el TEDH estableció que era inevitable que los efectos de la sentencia vayan más allá de las partes e influyan en el ordenamiento interno del Estado, aunque no por sí misma.<sup>610</sup> Esta afirmación concuerda con la naturaleza o los efectos que genera la jurisprudencia en los Estados condenados a partir del examen de normas de derecho interno.

<sup>608</sup> De hecho, el TEDH también ha señalado que las omisiones son objeto de una posible declaratoria de responsabilidad internacional.

<sup>609</sup> Párrafo de la sentencia en el caso Marckx vs. Bélgica, citado por García De Enterría, Eduardo (coordinador). Op. Cit, pp. 499-500. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Marckx vs. Bélgica*, comunicación 06833/74, 13 de junio de 1979.

Otro ejemplo sobre víctimas potenciales es el caso Dudgeon vs. Reino Unido (1981), en el que declaró la inconventionalidad del delito de homosexualidad masculina voluntaria y en privado, pues se afectaba el derecho a la vida privada enunciado en el Convenio Europeo. En este caso, había una potencialidad de afectación al derecho en mención; el TEDH constató que la mera existencia de la legislación en causa podía atentar contra el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada (artículo 8) aún cuando no se les había aplicado dicha ley y, por tanto, no se les había aplicado la correspondiente sanción penal. En dos casos subsiguientes, Norris versus Irlanda (1988) y Modinos versus Chipre (1993), la Corte reafirmó esta posición jurisprudencial.

<sup>610</sup> El párrafo 58 de la sentencia establece lo siguiente: “Admittedly, **it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation**, but the decision cannot of itself annul or repeal these provisions: the Court's judgement is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53 (art. 53)”. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?sessionId=83144731&skin=hudoc-fr>>

Estos ejemplos permiten demostrar el uso del concepto de víctima potencial en sistemas distintos pero similares al SIDH, se debe analizar la viabilidad de la misma en este ámbito.

#### 4.3.2.2.4 La víctima potencial en el SIDH

En principio, podría hablarse de la necesidad de incorporar la figura en mención bajo argumentos basados en el principio de interpretación *pro personae* o en el carácter evolutivo de los sistemas de protección de derechos humanos.

Ello se sustenta en el hecho que el concepto de víctima al igual que en el resto de sistemas de protección de derechos humanos ya ha tenido algunos desarrollos en el SIDH. En concreto, Mantillana asegura que esta es un tema poco abordado por la Corte IDH, pero no por ello inadmisibles.<sup>611</sup> En efecto, el autor asegura el concepto de la figura, es producto de una interpretación evolutiva de la víctima directa, por lo cual debe utilizarse con mayor frecuencia por la propia Corte IDH.<sup>612</sup>

Igualmente, de acuerdo con Gadámez el contenido de la categoría víctima se ha ampliado<sup>613</sup> para incorporar a los familiares de la víctima directa a través del concepto de víctima indirecta o para admitir casos en los que hay un riesgo de afectación de los derechos de un individuo.<sup>614</sup> En ese sentido, concuerda con López, quien establece que el concepto de víctima potencial permite que los sistemas de protección de

---

<sup>611</sup> MATILLANA SIN JOC, Franco. "La víctima potencial en el sistema de protección internacional de los DDHH". *Derecho y Cambio social*. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.derechocambiosocial.com/revista008/victima%20potencial.htm>>

<sup>612</sup> *Ibid.*

<sup>613</sup> GADÁMEZ ZELADA, Liliana. "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 34, N° 3, p. 449; FERIA TINTA, Mónica. "La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de funcionamiento". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José, volumen 43, 2006, p. 164.

<sup>614</sup> "Se entiende por "víctima indirecta", aquella persona que indirectamente sufre un perjuicio como resultado de la violación de un derecho a otra persona; se trataría de una persona que puede demostrar la existencia de un vínculo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho". LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. "La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos: ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?". En UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Bilbao: Servicio Editorial, pp. 259-260.



derechos humanos tutelen los derechos de un individuo que se encuentra en riesgo de ser ver vulnerados sus derechos<sup>615</sup>.

La reflexión que también realiza García Ramírez a partir de ello es importante porque reconoce que dicha ampliación es producto de los nuevos retos que enfrenta el DIDH, incluso realiza una referencia al concepto de víctima potencial, si bien no aplicable al caso Bámaca Velásquez, al menos denota la existencia de la figura en términos teóricos.

“Es bien sabida la evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, temas largamente explorados y controvertidos.

Este desarrollo revela claramente el impulso tutelar del derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos —en una tendencia que estimo pertinente y alentadora— la protección real de los derechos humanos”.<sup>616</sup>

Asimismo, hay quienes afirman que el concepto de víctima potencial va de la mano con el principio de prevención que sustenta al SIDH. Cançado Trindade sustenta ello también.<sup>617</sup> De hecho, en esta tesis se comparte la posición del ex -magistrado de la Corte IDH.

#### **4.3.2.2.5 ¿Se debe incorporar el concepto de víctima potencial al SIDH?**

El concepto de víctima potencial también se ha aplicado en el ámbito interamericano, aunque de manera implícita. Un ejemplo claro de ello son las sentencias que abordan temas vinculados a la pena de muerte.

---

<sup>615</sup> *Ibid.*

<sup>616</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del Caso Bámaca Velásquez, párrafo 3.

<sup>617</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Voto del Juez Cançado Trindade, párrafos 14-15. Ver también: TRINDADE, Cançado. Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)". En *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL. Recueil des Cours. Collected courses of The Hage Academy of international law*. Tomo II. Martinus Nijhoff Publisher, 1987, pp. 271-283.

En concreto, al igual que en el caso *Soering vs. Reino Unido*, la Corte IDH ha afirmado que la presunta víctima “corre un riesgo real de ser condenado a muerte y de sufrir el síndrome de espera de la muerte”.

Los condenados a pena de muerte enfrentan una posible violación al derecho a la vida; en concreto, al artículo 4.2 de la CADH que establece la prohibición de privar arbitrariamente de la vida a un individuo.

En el caso *Hilaire, Constantine vs. Trinidad y Tobago*, la Corte IDH afirmó que la norma penal era incompatible con la CADH pues la imposición de la pena de muerte obligatoria conlleva la afectación al artículo 4 de la CADH.

La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la *Ley de Delitos contra la Persona* es *per se* violatoria de esa disposición convencional.<sup>618</sup>

Resulta interesante analizar la justificación que realiza la Corte IDH para resolver este caso en el que evidentemente no se ha privado de la vida a los condenados a pena de muerte.

Al respecto, dicho tribunal señaló que este fallo no era inconsistente con el contenido de la Opinión Consultiva OC-14/94 al catalogar a la norma penal que disponía este tipo de pena como disposición legal de aplicación inmediata.

La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la *Ley de Delitos contra la Persona* es *per se* violatoria de esa disposición convencional. Dicha posición está conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de esta Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición.”<sup>619</sup>

---

<sup>618</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 112.

<sup>619</sup> Ídem, párrafo 116.

Esta no era necesariamente la argumentación más adecuada y el razonamiento de la Corte debió basarse en el concepto de víctima potencial<sup>620</sup>; en ese sentido, no debió afirmarse que una norma de este tipo ya ha surtido efectos con su sola emisión, cuando ello era tan solo un riesgo. No se trataba de una norma de aplicación inmediata, como contrariamente sostiene la Corte IDH.

Lo que ha señalado la propia Corte IDH en la Opinión Consultiva antes mencionada no debe llevar a asumir que la incorporación de la figura de víctima potencial es opuesta o genera un cambio radical a dicha posición, todo lo contrario se complementa con la misma aunque no haya una afectación real a los derechos de determinado individuo.

De otro lado, otro argumento que sustenta la presencia del concepto de víctima potencial en el SIDH es el reconocimiento de las medidas provisionales y la procedencia para su solicitud y otorgamiento.

En efecto, el artículo 63.2 de la CADH establece que en los casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar **daños irreparables** a las personas, la Corte IDH podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los casos que este conociendo. Al respecto, Cançado Trindade ha colocado de relieve la relación entre las medidas provisionales y la noción de víctima potencial.

*(...) la noción de víctima - aunque potencial - emerge también en el nuevo contexto de las Medidas Provisionales de Protección. Estas últimas acarrear obligaciones para los Estados en cuestión, que se distinguen de las obligaciones que emanan de las respectivas Sentencias en cuanto al fondo de los casos respectivos. Dichas obligaciones son enteramente distintas de obligaciones que eventualmente se desprendan de una Sentencia de fondo (y, en su caso, de reparaciones) sobre el cas d'espèce.*<sup>621</sup>

Al respecto, se puede afirmar que este dispositivo da cuenta de los deberes de garantía y de prevención en el SIDH que permiten proteger a las posibles víctimas de

<sup>620</sup> Ídem, Voto del Juez Cançado Trindade. Cançado Trindade plantea la violación de artículo 4.2 de la CADH a partir de la noción de víctima potencial.

<sup>621</sup> Corte IDH. *Asunto Eloisa Barrios y otros respecto Venezuela*. Voto del Cançado Trindade. Resolución de la Corte 29 de junio de 2005, párrafo 2.

actos u omisiones contrarias a los tratados del SIDH sobre los que la Corte IDH tiene competencia.

En ese sentido, la protección de la víctima potencial se encuentra en las mismas bases del SIDH. De ahí que no sea necesario promover su incorporación, quizás sí haga falta que la Corte IDH sea más explícita respecto a esta figura; una afirmación de este tipo no generaría ningún cambio de fondo en la estructura del sistema de demandas ante la Corte IDH.

Cabe señalar además que el concepto de víctima potencial debe desarrollarse a partir de la posibilidad de una real afectación de los derechos del individuo, no debe tratarse únicamente de un planteamiento teórico.

#### **4.3.2.3 Los efectos del examen de convencionalidad ex – post**

Cuando se habla de los efectos de los fallos de la Corte IDH en el SIDH respecto de las normas de derecho interno declaradas incompatibles también se establece un símil entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad concentrado.

Al momento de conceptualizar el “parámetro interamericano” se incorporó a las sentencias como parte del contenido de dicha figura y se hizo referencia a sus efectos de cosa interpretada y erga omnes. Estos son aspectos desde los que se debe partir para analizar el impacto de una declaratoria de inconvencionalidad de una norma de derecho interno.

##### ***4.3.2.3.1 La reparación por la declaratoria de incompatibilidad de normas de derecho interno***

De conformidad con las reglas de responsabilidad internacional, el hecho que un Estado sea internacionalmente responsable implica que este debe reparar la situación. La declaratoria de responsabilidad internacional por incumplimiento del artículo 2 de la CADH no es la excepción de ello.

En efecto, la Corte IDH impone como reparación a los Estados la adecuación del derecho interno a la luz del parámetro interamericano. Así, los efectos del fallo no solo involucran la adopción de medidas destinadas a reparar los derechos de las víctimas del caso, sino que además se exige que el Estado adecue el derecho interno a manera de una garantía de no repetición.<sup>622</sup>

En esa lógica, se hace efectiva la garantía objetiva en el SIDH. De hecho, la Corte IDH ha afirmado esto en el caso *Ibsen Cárdenas vs. Bolivia* respecto del delito de desaparición forzada y su falta de tipificación en el ordenamiento boliviano.

En concreto ha indicado que al haberse pronunciado sobre la misma materia en el caso *Ticona Estrada vs. Bolivia*, los efectos de dicho fallo habían adquirido efectos generales que trascienden el caso concreto,<sup>623</sup> por lo que era innecesario abordar el tema nuevamente.

Por ello, se puede señalar que si bien el proceso contencioso de la Corte IDH se activa a partir de la existencia de un interés subjetivo, los efectos del mismo se asemejan a los de un control concentrado de constitucionalidad o a los procesos de tutela o amparo objetivados.

El control de convencionalidad ante la Corte IDH tiene una composición mixta en relación con las dos modalidades de control de constitucionalidad *ex post*, o si se quiere se asemeja a los procesos de control difuso, que adquieren efectos generales a través de técnicas judiciales diseñadas para ello (precedente, estado de cosas inconstitucionales, la objetivación del proceso de tutela entre otros).

---

<sup>622</sup> En el Sistema europeo, se ha venido desarrollando el concepto de sentencias piloto. Así, se indica que desde la sentencia *Marckx*, se ha asumido que las sentencias del Tribunal Europeo, desde el momento en que la violación tenía por fundamento una norma general, surtían efectos más allá de la víctima. LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo". *Revista de derecho político*. Madrid, año 2007, N° 69, p. 367.

La autora señala que en el caso *Scordino c. Italia* del año 2006 el TEDH estableció que los fallos no solo buscan un remedio para la víctima en términos pecuniarios sino que los Estados están llamados a promover otra serie de medidas, por ejemplo generales –lo que puede involucrar modificación de legislación interna–.

En ese sentido plantea que "El contenido de la obligación de cumplir la sentencia del TEDH se descompone, de tal suerte, en tres vertientes: "el pago de la compensación equitativa eventualmente concedida por el Tribunal, la adopción de medidas individuales no pecuniarias, y/o la adopción de medidas generales, según las circunstancias de cada asunto". *Ibid.* p. 356.

<sup>623</sup> Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párrafo 194.

En las líneas que siguen se planteará algunas reflexiones sobre los mecanismos que se sigue en el ordenamiento de los Estados para incorporar al ordenamiento interno la garantía de no repetición.

En concreto, la práctica de los Estados y la Corte IDH revelan que el control de convencionalidad es una labor complementaria en la medida que a partir del fallo de la Corte IDH el Estado debe incorporar estos estándares a los contenidos de constitucionalidad/convencionalidad que se manejan en el ordenamiento con el objeto de modificar o expulsar una norma incompatible con los estándares o cánones del SIDH.<sup>624</sup>

#### **4.3.2.3.2 ¿La declaratoria de incompatibilidad por parte de la Corte IDH involucra la anulación directa de una norma de derecho interno?**

En el caso *Barrios Altos vs. Perú* la Corte IDH afirmó que “**como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las normas de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas normas carecen de efectos jurídicos**”.<sup>625</sup>

Esta aseveración generó algunas dudas sobre el significado de dicha afirmación. A partir de ello, se cuestionó si la Corte IDH puede declarar si una norma de fuente nacional carece de efectos jurídicos.

En concreto, este punto ha sido uno de los motivos por los que se inició la presente investigación, ya que al afirmarse que este dispositivo carece de efectos jurídicos uno se pregunta si se está señalando su inexistencia en el ordenamiento nacional.

<sup>624</sup> Debe recordarse que el concepto de complementariedad no se plantea en términos procesales.

<sup>625</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, párrafo 44; *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párrafos 15-16, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 120; *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 187.

En esa lógica se pueden proponer las siguientes preguntas: ¿Es posible que la Corte IDH establezca o declare la invalidez de una norma de derecho interno? ¿Esta afirmación implica establecer que dicho tribunal tiene naturaleza supraconstitucional?

Al respecto, hay quienes consideran que la afirmación realizada por la Corte IDH en implica que esta se ha atribuido una función que es exclusiva del juez nacional (de manera más específica, el juez constitucional) o que excede de los términos del artículo 63.1 el cual admite únicamente la garantización de los derechos del lesionado, no así la declaración general de ineficacia (inexistencia) de normas nacionales o su ampliación y aplicación a otros casos de violaciones.<sup>626</sup>

Por su parte, otro sector, plantea que a partir de este fallo se habría configurado una especie de verticalidad entre la jurisdicción interamericana y las jurisdicciones nacionales.

En efecto, Binder considera que las sentencias de la Corte IDH son constitutivas<sup>627</sup> y resalta el voto de García Ramírez en el fallo la Cantuta en el que establece que aquellas no necesitan de actos especiales que dispongan, o en todo caso, se limitarían a declarar la colisión con el parámetro interamericano.<sup>628</sup>

Como quiera que fuere, la investigación ha enfocado esta investigación a partir de la noción de coordinación entre ordenamientos, lo que implica descartar un monismo a priori. En esa lógica, se afirma que la declaratoria de incompatibilidad de una norma nacional por parte de la Corte IDH no implica que esta sea un tribunal supraconstitucional.

Todo lo contrario, se trata más bien de una relación de horizontalidad y coordinación; además el ejercicio que los tribunales constitucionales y el juez interamericano realizan

---

<sup>626</sup> DE CLÉMENT, Zlata Drnas. Loc. Cit.

<sup>627</sup> BINDER, Christina. “¿Hacia una Corte Constitucional de América latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”. En VON BOGDANDY, Armin; Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en América latina?* Tomo II. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 159-188.

<sup>628</sup> Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. párrafos. 4 y 5: “(...) En suma, la ineficacia de esos mandamientos resulta inmediatamente —y sin necesidad de actos especiales que lo dispongan y que, en todo caso, se limitarían a declararlo de su colisión con la Convención Americana (...).”

es distinto en esencia, como tantas veces se ha señalado, el segundo realiza un examen de primacía.

En atención a ello es que es improbable que la Corte IDH determine por sí misma la invalidez de una norma de derecho interno, la declaratoria de incompatibilidad solo constata esa realidad, pero los remedios dependen del Estado.

Es decir, su pronunciamiento se basó en un examen de derecho internacional, no excedió ni pretendió establecer o declarar la nulidad de la norma dentro del propio ordenamiento estatal, algo que en todo caso depende del fuero interno del Estado; el fallo se realizó desde la lógica del principio de primacía del DIDH.

En efecto, al referirse a la carencia de efectos de las leyes de autoamnistía, la Corte IDH señalaba que las leyes de autoamnistía atentaban contra una norma de derecho internacional que tal vez podría identificarse con un dispositivo al que se le atribuye carácter de *jus cogens*.

Al respecto, Binder plantea que las decisiones de Barrios Altos o La Cantuta tuvieron como presupuesto la adjudicación de determinada jerarquía de un grupo de obligaciones de derecho internacional que no admiten pacto en contrario o son inderogables (non-derogable). En estos casos, aquellos dispositivos nacionales que atentan contra estas normas –por ejemplo, aquellas que permiten la impunidad de las violaciones más serias de los derechos del individuo– carecen de efectos jurídicos, lo que no sucede en otros casos en los que no se ha afectado.<sup>629</sup>

En concreto, la propia naturaleza de los fallos internacionales no permite afirmar que la declaratoria de inconvencionalidad de una norma y la consecuente obligación de reparar genere un efecto directo en el orden interno, la regla general es que la ejecución de estas dependa de los propios ordenamientos.<sup>630</sup>

---

<sup>629</sup> BINDER, Christina. *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, German Law Journal, N° 12, p. 1215, 2011.

<sup>630</sup> Las sentencias del TEDH tienen esencialmente carácter declarativo en la medida que su función principal no es actuar como cuarta instancia. Lo único que plantean es la declaratoria de incompatibilidad de los actos u omisiones del Estado respecto de los tratados sobre los que se ejerce competencia contenciosa. Ruiz Miguel, Carlos. *La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, p. 32.



Al respecto, Ayala Corao establece que los fallos de la Corte IDH que se emiten en sede contenciosa pueden ser declarativos pero también pueden imponer obligaciones de hacer, no hacer o modificar –el autor considera que en ese sentido los fallos son constitutivos de obligaciones para los Estados, pero aquí prefiere obviarse esta categoría–.

En concreto, ha indicado que todas las sentencias de fondo y de reparaciones tienen una parte declarativa que consiste en establecer cuáles son los derechos vulnerados y por otra parte señala que las reparaciones que la Corte IDH impone requieren, para su ejecución, del accionar del Estado condenado<sup>631</sup>.

En efecto, Manili establece que la ejecución de las reparaciones de la Corte IDH, en sus aspectos indemnizatorios y no indemnizatorios se ejecutará de conformidad con la legislación estatal<sup>632</sup> –recuérdese que el artículo 68.2 se refiere únicamente a la indemnización compensatoria–.

En general, se puede afirmar que hay algunos Estados que han comenzado a adoptar normas puente que regulan el trámite a seguir para dar cumplimiento a las resoluciones de la Corte IDH. El Perú es uno de estos casos, ya que a través de la entrada en vigencia de la ley N° 27775 se ha establecido el procedimiento para la ejecución de los fallos emitidos por tribunales internacionales.

En efecto, esto permite una aplicación directa de los fallos de la Corte IDH. En la misma línea el artículo 115 del Código Procesal Constitucional señala que los fallos internacionales a los que haya sido sometido expresamente el Estado peruano no

---

Un argumento que sostiene la ejecutividad de los fallos de la Corte IDH es el hecho que el artículo 68.2 de la CADH establece que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

<sup>631</sup> AYALA CORAO, Carlos. “Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana y su ejecución”. En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya, CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 300-301. Consulta: 03 de junio de 2010. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/15.pdf>>

<sup>632</sup> MANILI, Pablo. “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo IX. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno.<sup>633</sup>

Pero aun con la existencia de las normas puente, que suelen otorgar efectos directos – sin necesidad de homologación– a los fallos internacionales, no se puede afirmar necesariamente que ello genere una relación de verticalidad entre una jurisdicción nacional y la interamericana o que el fallo internacional esté anulando una norma de fuente interna, más aun cuando a nivel constitucional se ha establecido que el único juez con poder para expulsar una norma en términos de invalidación es el Tribunal Constitucional.

#### ***4.3.2.3.3 La declaratoria de incompatibilidad y las formas de adecuación del derecho interno***

La declaratoria de incompatibilidad de una norma en un caso contencioso, respecto de las víctimas del fallo en concreto, implicará diversas medidas de reparación. Así por ejemplo, probablemente se deberá juzgar a la persona nuevamente, si se trata de un proceso en el que se ha aplicado una norma inconvencional que afecta el debido proceso.

También, se deberá otorgar alguna medida de satisfacción si es que el daño es irreparable como el caso de una persona que no haya podido ejercer sus derechos políticos en comicios electorales que ya culminaron.

Ya en relación con los efectos generales, cuando una norma es declarada incompatible luego del contraste con la CADH o los tratados sobre los que la Corte IDH ejerce competencia contenciosa opera el concepto de **re-envío**. Si bien se ejerce una función de control normativo, la efectividad del fallo depende de los medios que utilice el ordenamiento nacional.

---

<sup>633</sup> Podría argumentarse que el hecho que los tratados posean rango constitucional y la ley N° 27775 otorgue a efectos directos a los fallos de la Corte IDH puede llevar en la práctica a afirmar la existencia de una relación vertical entre el SIDH y el ordenamiento peruano. No obstante ello, se ha propuesto trabajar el tema desde el punto de vista de la coordinación, no tanto desde la lógica del monismo.

Al respecto, la Corte IDH ha mencionado que las reparaciones relativas al artículo 2 de la CADH se satisfacen con la modificación,<sup>634</sup> la derogación, o de algún modo anulación<sup>635</sup> o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. En atención a ello, el Estado está obligado, por lo menos, a lo siguiente:

1. Dejar de aplicar la ley a futuro, es decir, si surge una controversia (a nivel judicial o administrativo) que involucre la aplicación de la norma declarada inconvencional el aplicador del derecho debe dejarla de lado.
2. En los casos en que sea necesario, se debe determinar por vía legislativa o judicial la expulsión o aprobación de una norma que reemplace al dispositivo inconvencional.
3. Reinterpretar las normas incompatibles con la CADH y dotarlas de contenido convencional.
4. En casos excepcionales, los efectos del fallo tienen carácter retroactivo.

Ahora bien, conviene mencionar que estas medidas no se excluyen entre sí, puede que una norma deje de aplicarse a futuro, pero que al mismo tiempo sea necesaria una modificación normativa para evitar vacíos dentro del ordenamiento nacional; o que se necesite una modificación normativa y además que los efectos de la aplicación de una norma se retrotraigan.

Supuesto 1: Dejar de aplicar la ley inconvencional a futuro

El primero de los supuestos se refiere en específico al control de convencionalidad, es decir, la sentencia obliga a que los casos en trámite o en los casos futuros la norma incompatible deje de aplicarse a una situación semejante o análoga a la que fue resuelta por la Corte IDH.

En el mismo sentido, en el supuesto de control de convencionalidad difuso a cargo del juez nacional el fallo de la Corte IDH sirve para dejar de aplicar la norma

---

<sup>634</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 113; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, párrafo 57 y *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 172.

<sup>635</sup> Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrafo 94; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párrafo 122 y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, párrafo 57

inconvenional; en este caso la norma si bien aun forma parte del ordenamiento solo lo está en sentido formal.

Un ejemplo de este supuesto se plantea a partir de los casos de pena muerte sancionados por la Corte IDH. Por ejemplo, a partir de la sentencia emitida a favor de Raxcacó Reyes, la legislación penal que imponía la pena de muerte obligatoria para los delitos de secuestro no debía ser aplicada a casos futuros o en proceso de juzgamiento.

Igualmente, ello se afirmó en un caso anterior. En *Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, la Corte estableció que dicho Estado debía abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 que imponía una sanción de pena de muerte obligatoria.<sup>636</sup>

A la vez, conviene señalar que en ambos casos, la Corte IDH indicó que la legislación que imponía muerte de pena obligatoria por la comisión de los delitos de secuestro y homicidio intencional debía modificarse, a manera de garantía de no satisfacción.

Supuesto 2: Expulsión de la norma incompatible o aprobación de una norma que cumpla con los estándares del canon interamericano

Sobre este punto, la Corte IDH ha señalado que el fallo que ella emite impone al Estado promover la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.<sup>637</sup>

La afirmación de dicho tribunal se refiere, por ejemplo, a la modificación de plazos de una legislación que establece restricciones o periodos excesivos para el límite de la prisión preventiva; o una norma constitucional que establece la censura cinematográfica, una norma sobre la estructura de la justicia militar.

En el caso *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, el Estado chileno denegó la proyección de la película del mismo título ya que el artículo 19 del texto constitucional

<sup>636</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, punto resolutivo 8.

<sup>637</sup> Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 172.

establecía un sistema de censura previa a efectos de permitir o no la exhibición de una producción cinematográfica.

La Corte IDH estableció que el Estado chileno al mantener un dispositivo constitucional como del artículo 19, había vulnerado la CADH (artículos 2 y 13 en la medida que el parámetro interamericano prohíbe el establecimiento de la censura previa, y establece la regla de las responsabilidades ulteriores).

En ese sentido, una de las medidas de reparación que la Corte IDH determinó que el Estado chileno modificara su ordenamiento jurídico interno con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. Luego de esta sentencia, el Estado chileno modificó la disposición constitucional que establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de material cinematográfico.

Igualmente, en el caso *Gómez Palomino*, la Corte IDH ordenó al Estado peruano la adopción de medidas para reformar su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas, toda vez que la legislación vigente no incorporaba los contenidos de la CIDFP.<sup>638</sup>

Supuesto 3: Reinterpretación de la norma declarada inconvencional –uso interpretativo–

En este caso, se realiza un control de convencionalidad que trae como resultado la declaratoria de inconvencionalidad de la norma analizada. Sin embargo, la Corte IDH sugiere que el Estado realice un uso del canon interamericano en sentido interpretativo; en ese sentido, no se ordena la modificación de la norma.

Por ejemplo, en el caso *Radilla Pacheco*, la Corte IDH señaló que si bien los demandantes habían solicitado como reparación la modificación del artículo 13 de la Constitución política, ello no era necesario en la medida que el control de convencionalidad también se realizaba vía interpretativa.

---

<sup>638</sup> Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, párrafo 149.

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

Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>639</sup>

Supuesto 4: El efecto retroactivo de los fallos en determinados casos (las leyes de autoamnistía en el ordenamiento peruano)

El caso de las leyes de autoamnistía (sentencia del Caso Barrios Altos) es un ejemplo que grafica los efectos retroactivos que se generan a partir de una declaratoria de inconveniencia por parte de la Corte IDH. De hecho, al afirmarse que las leyes de autoamnistía carecían de efectos *ab initio*,<sup>640</sup> surgieron preguntas relativas a la forma en que ello se recepciona en el ordenamiento interno peruano.

Por ejemplo, en la sentencia de interpretación se absolvió una pregunta relativa a los efectos de la declaratoria de incompatibilidad de la norma. Sobre el punto, la Corte IDH estableció que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 –grave–, la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tenía efectos generales en el ordenamiento peruano.<sup>641</sup>

Asimismo, esta sentencia también dio lugar a discutir las categorías de validez normativa existentes en el ordenamiento peruano. En el caso Cantuta vs. Perú, el Estado peruano alegó que en su sistema jurídico no existe la figura de la nulidad de las leyes. No obstante ello, se indicó que a partir del caso Barrios Altos se adoptaron medidas conducentes a dejar sin efectos dichas leyes de auto amnistía.<sup>642</sup>

<sup>639</sup> Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párrafos 340-341.

<sup>640</sup> Esta posición ha sido reiterada en los casos Almonacid Arellano vs. Chile, Gomes Luna vs. Brasil y Gelman vs. Uruguay.

<sup>641</sup> Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, párrafo 18.

<sup>642</sup> *Ibid.*, alegatos del Estado sobre el deber general de adoptar disposiciones de derecho interno.

Esta afirmación tiene en cuenta que en el sistema jurídico peruano la invalidez se entiende como anulación y solo en el caso de las normas tributarias se establece una identidad entre invalidez y nulidad (artículo 74 de la Constitución de 1993).

No obstante ello, la doctrina y la judicatura afirman que las leyes de amnistía carecen de efectos generales en el ordenamiento peruano. Esta aseveración puede llevar a señalar que en el ordenamiento interno se habría agregado un nuevo criterio de validez, no tanto porque los efectos de la Corte han automáticamente eliminado las normas en cuestión.

En concreto, podría afirmarse que hay una especie de identidad entre lo que se considera nulo en el SIDH y en el ordenamiento peruano, ya que en la práctica se habría incorporado este criterio de validez.

En efecto, como se ha visto en el capítulo 3, el TC ha recogido este criterio al afirmar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son nulas y carecen, *ab initio*, de efectos jurídicos en los procesos de amparo interpuestos por los procesados por los delitos de lesa humanidad cometidos en el conflicto armado interno.

Una prueba de la incorporación de este criterio de validez al ordenamiento peruano es la afectación al principio de cosa juzgada.<sup>643</sup> En el ordenamiento peruano, la sentencia Barrios Altos supuso la reapertura de los procesos iniciados contra miembros del grupo paramilitar Colina<sup>644</sup> que habían sido archivados o sobreseídos.

De hecho, Abad Yupanqui reconoció que las normas no habían sido derogadas formalmente por el Congreso, pero que ninguna autoridad judicial podía aplicarlas. Para el jurista, derogarlas hubiera implicado aceptar su existencia.<sup>645</sup>

---

<sup>643</sup> Por ejemplo en España, también se ha alterado el principio de cosa juzgada a partir de una sentencia del TEDH. En efecto, luego de la sentencia del TEDH, los señores Barberá, Messegué y Jabardo solicitaron la nulidad de la sentencia condenatoria por la que fue declarada la responsabilidad internacional del Estado. El Tribunal Constitucional español declaró la nulidad del fallo, alterando la cosa juzgada. Ver: SALADO OSUNA, Ana. *Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal De Estrasburgo*. Consulta: 01 de diciembre de 2011. < <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/AnaSalado.pdf> >

<sup>644</sup> Como se sabe el ordenamiento constitucional peruano establece en el artículo 139, inciso 13 de la Constitución que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

<sup>645</sup> Idem. Testimonio de perito Samuel Abad Yupanqui.

Así, los efectos de la sentencia respecto de las leyes de autoamnistía se han canalizado a través de la casuística concreta, es decir, no ha existido un pronunciamiento general sobre la materia, sino casuístico (propio de una declaratoria de nulidad). En efecto, Abad también señaló lo siguiente:

Por tanto, “el hecho que formalmente las leyes de amnistía no hayan sido derogadas, no impide a los jueces investigar y sancionar a los responsables, pues en el Perú todos los jueces tienen la atribución constitucional de preferir la Constitución a las leyes y, por tanto, inaplicar las leyes de amnistía”.<sup>646</sup>

Ahora bien, al igual que en el caso peruano, otros ordenamientos han optado por declarar la nulidad de las normas de autoamnistía o de inaplicar caso por caso – incluso en sentido retroactivo– tales dispositivos, con el objeto de promover la investigación y sanción de violaciones de derechos humanos. Al respecto, se puede hacer referencia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

En concreto, los jueces han incorporado la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre la materia. Es decir, se ha tratado de adecuar la respuesta de los ordenamientos nacionales a los criterios de establecidos por la Corte IDH en relación con una norma de *ius cogens*.

De otro lado, otro ejemplo en el que un fallo de la Corte IDH ha generado efectos retroactivos en los ordenamientos estatales se deriva de los casos de pena de muerte. En estos, se ha establecido la necesidad de juzgar nuevamente a los condenados a esta sanción, luego de que se reemplace la legislación sobre la materia, modificándose así la regla de la cosa juzgada.

Sin embargo, esta no es necesariamente una regla general, como señala Ferrer Mc Gregor en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, esta regla no ha sido aplicada en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay*, *Fernández Ortega y otros. vs. México*; *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, entre otros.<sup>647</sup>

---

<sup>646</sup> *Ibid.*

<sup>647</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Voto del juez Ferrer Mac-Gregor, párrafos 53-63.



No obstante ello, no niega que la retroactividad resulta indispensable en algunos casos si es que se pretende lograr un adecuado disfrute del correspondiente derecho o libertad.

#### 4.4 ¿Es posible activar el control de convencionalidad *ex post* sin la existencia de una víctima?

Este ejercicio se plantea a partir de algunos fallos en los que la Corte IDH ha indicado que una norma ha violado el canon interamericano por su sola emisión en un determinado ordenamiento nacional.

El punto de partida sobre el tema es el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, pues en el fallo respectivo, la Corte IDH señaló que una norma de derecho interno puede afectar *per se* las obligaciones de derecho internacional, independientemente de que haya sido o no aplicada.<sup>648</sup>

Igualmente, se ha señalado ello respecto de las leyes de autoamnistía, ya que en los fallos de la Corte IDH sobre la materia, estas han sido declaradas *per se* violatorias de la CADH, ya que carecen de efectos jurídicos desde su origen. La sentencia de la Corte IDH recaída en el caso *Gomes Lund vs. Brasil* confirma la regla ya establecida desde el fallo *Barrios Altos vs. Perú*:

La Corte Interamericana concluye que debido a la interpretación y a la aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, Brasil ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado.<sup>649</sup>

Sobre la base de estos casos, se ha llegado a esbozar la idea de que la Corte IDH puede realizar en la vía contenciosa control abstracto de normas de derecho interno, es decir, sin la necesidad de una víctima en concreto. Desde este punto de vista, las

<sup>648</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, párrafo 98.

<sup>649</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, párrafo 180.

afirmaciones de la Corte IDH reflejarían un cambio de posición en la jurisprudencia del tribunal como lo han afirmado algunos autores.

Segares, por ejemplo, indica que ello involucra un cambio respecto la posición asumida en la Opinión Consultiva OC-14/1994 y en los casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua*<sup>650</sup> o *El Amparo vs. Venezuela* en los que la Corte IDH ha señalado que el artículo 46.1.b de la CADH exige que la petición o comunicación haga referencias al presunto lesionado en sus derechos, al igual que el artículo 46. 2.<sup>651</sup>

Para la autora, lo mencionado en Suárez Rosero implicaría un distanciamiento del siguiente postulado emitido por la Corte IDH en la OC-14/94: “la jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas, y no con la de resolver casos abstractos”.<sup>652</sup>

Por su parte, Faúndez ha afirmado que el requisito de la existencia de una víctima para acudir al SIDH es absurdo en la medida que ello agrava más una situación en sí misma, violatoria de derechos individuales.

La Corte resultaría ilusorio si, en casos de violación *de jure* de la Convención, los individuos no pudieran denunciar la violación de una de sus disposiciones, y no pudieran solicitar que se exija al Estado que adopte las medidas indispensables para adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, y para garantizar que su actuación se ajustará a la normativa de protección de la Convención.<sup>653</sup>

---

<sup>650</sup> En el caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH tuvo una posición contraria a la que actualmente plantea sobre la configuración de la jurisdicción militar. En concreto, el tribunal admitió que la justicia militar no era *per se* contraria a la CADH, este criterio hasta ahora se mantiene, pero se ha afirmado que su configuración es excepcional y restringida; sin embargo, no cuestionó que los miembros de las fuerzas militares, sindicatos como los presuntos responsables de la muerte del joven Genie Lacayo, fueran juzgados en el fuero militar, por un tribunal compuesto por militares y que ello afectara el derecho a las garantías judiciales para las víctimas del caso.

Así, podría afirmarse que sí hubo una afectación al derecho a las garantías judiciales de la víctima; y también por el hecho que la ley establecía que los casos de este fuero se resolvían bajo el criterio de “conciencia jurídica sandinista”.

<sup>651</sup> SEGARES RODRÍGUEZ, Emilia. “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En ZERBINI, Renato. *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo V. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 317-340.

<sup>652</sup> Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 49.

<sup>653</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. Op. Cit. p. 384.

Asimismo, otros plantean la admisibilidad del mecanismo de control *in abstracto* en la medida que la Corte IDH ha admitido la posibilidad de otorgar medidas provisionales a víctimas no individualizadas como el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó en Colombia,<sup>654</sup> al igual que para los casos contenciosos (con la modificación del reglamento en el año 2010).

#### **4.4.1 El requisito de la víctima para la declaratoria de responsabilidad internacional**

Si bien lo señalado por la Corte IDH en el caso Suárez Rosero concuerda con los principios de derecho internacional, ello no significó que dicho tribunal fallase respecto de una causa interpuesta bajo la lógica de un examen de convencionalidad *in abstracto*.

Las afirmaciones realizadas por la Corte IDH deben tomarse en su real dimensión y leerse en el contexto en que se realizan. Es cierto que una norma puede *per se* vulnerar el parámetro interamericano independientemente de que haya sido o no aplicada, en términos jurídicos esta afirmación no es errónea.

No obstante ello, eso no necesariamente significa que la Corte IDH pueda declarar la responsabilidad internacional y la consecuente reparación por la emisión de normas de derecho interno a partir de un análisis *in abstracto*.

En efecto, al señor Suárez se le aplicó el artículo 114 del código penal que no otorgaba a los acusados por delitos de tráfico de drogas o estupefacientes la posibilidad de variar la medida de detención luego de transcurrido un plazo sin la emisión o conclusión del proceso. En ese sentido, la declaratoria de incompatibilidad de la norma interna a la luz del parámetro interamericano se realizó a partir del procedimiento que exige la existencia de una víctima.

---

<sup>654</sup> ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés. *protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tesis de licenciatura en Derecho. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p.35. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2032.pdf> >

En los casos Barrios Altos o La Cantuta se ha identificado una víctima que alega la afectación de sus derechos a partir de los efectos de un dispositivo; y en los casos que involucran una omisión legislativa, la Corte IDH también ha alegado la afectación de los derechos de un individuo, generada por la ausencia de un dispositivo interno que regule determinada situación.

Así, lo planteado guarda concordancia con los requisitos esbozados para el control de convencionalidad a través de los casos en los que se alega la existencia de víctimas concretas. Es decir, la Corte IDH no ha modificado su posición inicial sobre la materia que se discute, por lo cual no se habría generado una modificación de los alcances de la Opinión Consultiva OC-14/94, en la que se hace referencia a los requisitos para activar el sistema de peticiones del SIDH.

Asimismo, ello se refuerza por el hecho que la propia CIDH, en los casos Emérita Montoya González (1996) y María Eugenia Morales de Sierra (1998), ha establecido que el sistema de peticiones se activa únicamente en el caso de que exista una víctima.

Con respecto a la cuestión de la jurisdicción *ratione personae*, la Comisión ha explicado previamente que, en general, su competencia en el trámite de casos individuales se refiere a hechos que entrañan los derechos de una persona o personas específicas.<sup>655</sup>

Igualmente, el hecho que la Corte IDH haya admitido la protección de un grupo de personas no identificadas (pero identificables) mediante medidas provisionales o que incluso haya admitido en el reglamento del 2010 esta figura como criterio de admisibilidad en un caso contencioso no necesariamente implica que se haya prescindido del requisito de la víctima en el SIDH.

Estos ejemplos clasificarían más bien como *class action*. En efecto, se plantean a partir de la existencia de un interés jurídico y de una pluralidad de individuos que lo comparten. Esta es precisamente la figura que la Corte IDH ha admitido en el caso de

---

<sup>655</sup> CIDH. Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala. Informe N° 28/1998. 6 de marzo de 1998, párrafo 30; Caso de Emérita Montoya González vs. Costa Rica. Informe N° 48/1996. Caso 11553, 14 de marzo de 1997, párrafos 28-31.

las medidas provisionales mencionadas, ya que no se prescinde del concepto de víctima (real o potencial).

Dicho criterio no necesariamente es una regla que se utilice de manera amplia, ya que la Corte IDH ha considerado como requisito general para su otorgamiento “la individualización de las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección”.<sup>656</sup>

En el caso del *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay (2004)*, la Corte afirmó que como regla general [las presuntas víctimas] deben ser identificadas e individualizadas en la demanda que la Comisión Interamericana presenta ante ella.

No obstante ello, los casos mencionados son ejemplos de protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que sí son identificables. Para admitir estos casos, al menos en los supuestos de otorgamiento de medidas provisionales, la Corte IDH ha adoptado criterios objetivos como los de pertenencia a un grupo o comunidad y el concepto de situación de grave peligro común para los integrantes del grupo, en razón de dicha pertenencia.<sup>657</sup>

Existen además otras razones fácticas que llevan a admitir este tipo de medidas aun cuando las víctimas no hayan sido individualizadas. Así, García Ramírez plantea que en determinadas circunstancias, los victimables o víctimas optan por no proporcionar sus nombres, ante el riesgo real de que esa identificación pudiera exponerlos a los daños irreparables que se trata de prevenir.<sup>658</sup>

---

<sup>656</sup> Corte IDH. *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* respecto de Colombia. Resolución de la Corte del 17 de noviembre de 2009, párrafo 6. Por ejemplo, en el “Asunto Haitianos y Dominicanos...” la Corte dictó medidas provisionales respecto de un determinado grupo de personas individualizadas y señaló que no podía otorgarlas si es que no se cumplía con este requisito.

“Que esta Corte considera indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos quienes se hallen en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad”. Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte del 18 de agosto de 2000, considerando 8.

<sup>657</sup> Corte IDH. *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* respecto Colombia, párrafo 6.

<sup>658</sup> Corte IDH. *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Resolución de 6 de marzo de 2003. Voto concurrente de los jueces Sergio García Ramírez y Alirio Abreu Burelli, párrafo 3.

Otra circunstancia es la falta de certeza probable sobre el número de personas cuyos derechos son potencialmente vulnerados o lo vienen siendo.<sup>659</sup> Debido a los argumentos mencionados, la opción adoptada por la Corte IDH es válida y se justifica de manera plena.

No obstante todo lo mencionado en relación con el requisito de la víctima, en determinado momento sería necesario que se admita la posibilidad de que la Corte IDH pueda declarar la responsabilidad internacional a partir de un supuesto *in abstracto*, sin que sea necesaria la exigibilidad de dicho criterio.<sup>660</sup>

Esta alternativa tendría sustento en el principio de la garantía objetiva del propio SIDH y en el principio de responsabilidad internacional objetiva del derecho internacional, el cual señala que esta se configura sin necesidad de que se genere un daño a un sujeto de derecho internacional; en todo caso se genera una afectación al derecho internacional en sí mismo.

Esta figura que recibe el nombre de *actio popularis*,<sup>661</sup> para casos de control normativo, guarda una analogía con la figura de control de constitucionalidad en la medida que

<sup>659</sup> Corte IDH. *Caso del pueblo indígena Kankuamo respecto de Colombia*. Resolución de 5 de julio de 2004, considerando 9.

<sup>660</sup> Algunos admiten la figura a través del concepto de víctima indeterminada:

La *actio popularis* puede constituirse en el mecanismo por excelencia para proteger derechos comunales o grupales de víctimas indeterminadas. Su rango de acción viene dado por la existencia de presuntas víctimas y la ocurrencia o consumación de hechos violatorios a los derechos humanos. Su legitimación, escapa de la esfera individual del afectado, para instaurarse en un nuevo orden del derecho, en el cual sea la comunidad la legitimada para solicitar la protección de sus propios miembros, de la raza humana.

En principio, el planteamiento es relevante, pero no deja de lado el elemento subjetivo pues vincula la figura en análisis con la protección de los derechos en términos subjetivos. No obstante lo mencionado, se considera que detrás del mismo se encuentra la lógica de protección objetiva de los sistemas de derechos humanos.

LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos. *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*. Tesis de magister en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 93. Consulta: 15 de julio de 2011. <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/19511/1/80215842.pdf>>

<sup>661</sup> Otro ejemplo de *actio popularis* es la figura de jurisdicción universal, ya que puede ser ejercida por un Estado sin ninguna conexión o vínculo jurisdiccional entre el lugar de la comisión, la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima y el Estado que la ejerce. BASSIOUNI, Cherif. "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea". En CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia*. Santiago: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, pp. 1-67, Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf)>

En este caso, se trata de un acción que otorga legitimidad a cualquier Estado para el juzgamiento de delitos internacionales, es decir, de actos u omisiones que se configuran como tales, no se trata de una figura de control normativo, en ese sentido, no es posible realizar un comparativo entre esta y la figura de control de constitucionalidad.

este es un mecanismo de protección objetiva de las normas de rango constitucional, es decir, de aquellas que son el fundamento de un ordenamiento.

Por su parte, la acción popular también se plantea en términos de la defensa de un conjunto de normas del orden internacional; Guersi Rassi indica que este tipo de figura, al igual que la de una acción popular de derecho interno permite brindar protección objetiva del orden internacional y que se encuentra íntimamente vinculada a las obligaciones *erga omnes* y a las normas de *jus cogens*.<sup>662</sup>

En ese sentido, se comparte la posición de Álvarez Gil, quien señala que el SIDH tiene en esta figura una alternativa que debiera incorporar a futuro, para lo cual tendría que “determinar procedimientos claros, que brinden seguridad jurídica para las partes; pensar detenidamente sobre los remedios en casos colectivos complejos, ya que éstos pueden impactar sobre las políticas públicas de los Estado

---

Asimismo, el Proyecto de Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional ha establecido un supuesto de responsabilidad internacional agravada para el caso de *violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general* (artículo 40). Además de ello ha establecido en los artículos 41 y 42 una obligación de cooperación de los Estados para poner fin a dicha violación, independientemente de que hayan sido afectados o no.

<sup>662</sup> GHERSI RASSI, Óscar. “La acción popular en el Derecho Internacional Público: un estudio crítico de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, N° 122, 2001, pp. 15-51.

## Conclusiones

### **Conclusión 1: Los orígenes del control de convencionalidad**

El control de convencionalidad es una obligación derivada de las reglas generales del derecho internacional público, en concreto, del principio de adecuación del derecho interno a las obligaciones de derecho internacional. En ese sentido, no es una figura exclusiva del SIDH, sino que también se encuentran ejemplos del uso de esta figura en los Sistemas Universal y Europeo de Derechos Humanos.

En el SIDH, la obligación de llevar a cabo el ejercicio de control de convencionalidad se deriva del artículo 2 de la CADH que recoge los elementos antes mencionados, y también encuentra sustento en el artículo 9 del mismo instrumento que establece los alcances del principio de legalidad.

### **Conclusión 2: Definición del control de convencionalidad**

El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que los jueces nacionales y la Corte IDH llevan a cabo a fin de determinar la conformidad del derecho interno de los Estados a los estándares impuestos por las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han sido asumidas por los estos.

### **Conclusión 3: El control de convencionalidad y el principio de subsidiariedad**

El control de convencionalidad que llevan a cabo los jueces nacionales y el juez de la Corte IDH se rige por el principio de subsidiariedad. Es decir, el juez nacional es el primer llamado a cumplir con la obligación de llevar a cabo el ejercicio de control normativo a la luz del parámetro o canon de convencionalidad. Solo si es que el examen de convencionalidad no se ha llevado a cabalidad en sede interna y eventualmente se activa la jurisdicción de la Corte IDH, esta llevará a cabo el examen o contraste normativo.



En el ordenamiento peruano, la subsidiariedad de la jurisdicción internacional deriva del artículo 205 de la Constitución de 1993.

#### **Conclusión 4: El control de convencionalidad como manifestación del diálogo entre el juez constitucional y el juez interamericano**

El control de convencionalidad es un deber complementario que llevan a cabo el juez nacional y el juez interamericano, ello es reflejo de la existencia de una comunidad transnacional de jueces, quienes actúan como garantes de la protección subjetiva y objetiva de los derechos del individuo frente a los actos de arbitrariedad del poder estatal.

El término complementariedad no se contradice con el concepto de subsidiariedad antes mencionado, ya que el primero alude más bien a la constante interacción, diálogo y retroalimentación existente entre la judicatura nacional y la judicatura de la Corte IDH (no a una jurisdicción concurrente).

#### **Conclusión 5: Los elementos del control de convencionalidad**

Para que el control de convencionalidad se lleve a cabo se necesita un parámetro controlador o canon de convencionalidad y un objeto controlado.

El conjunto de normas que reciben el título de canon de convencionalidad interamericano está conformado por todos los instrumentos que forman parte del SIDH, entre ellos figuran la CADH, la CIDFP, CIPST, la Convención Belem do Pará, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la DADDH, las sentencias de la Corte IDH y las opiniones consultivas.

Las normas que son objeto de control en un examen de convencionalidad, tanto para el caso de los ordenamientos nacionales como para el ámbito interamericano, son todas aquellas que surten efectos o potencialmente tienen capacidad para ello, así como las

interpretaciones que se hacen de las mismas. Se encuentran incluidos los proyectos de ley, las normas constitucionales y las omisiones legislativas.

### **Conclusión 6: Modalidades del control de convencionalidad**

El uso del canon de convencionalidad que llevan a cabo los jueces nacionales y la Corte IDH puede clasificarse a partir de las modalidades de uso directo o indirecto (interpretativo).

El primero de los usos, implica que el canon de convencionalidad se contrasta de manera directa con el objeto de control, y en el caso de que este afecte las disposiciones del parámetro se habrá generado una violación autónoma del mismo.

El uso indirecto involucra a tres normas, es decir, al parámetro interamericano que sirve para dotar de contenido a la norma que en términos formales será la que se contraste con el dispositivo u omisión objetos del examen. En este caso, no habrá una violación autónoma del instrumento utilizado en sentido material, sino del que funge como parámetro controlador formal.

### **Conclusión 7: Relación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos**

En la tesis se establece que la relación entre el derecho interno y el derecho internacional se sustenta en la tesis de la coordinación, toda vez que ambos derechos son distintos y no existe una unidad jerárquica de un derecho sobre otro. En ese sentido el vínculo entre estos es de interacción y circularidad, ya que ambos se influyen mutuamente.

### **Conclusión 8: Relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad**

La relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad es contingente, ya que el examen de convencionalidad puede llevarlo a cabo cualquier

juez nacional; sin embargo, en determinados ordenamientos latinoamericanos y en el peruano, quien lleva a cabo el control de convencionalidad es el juez constitucional, en el marco de los procesos de constitucionalidad de las leyes concentrado o difuso y los procesos constitucionales de la libertad.

Igualmente, hay una tendencia a establecer una comparación entre la labor de los tribunales internacionales como el TEDH o la Corte IDH con la que realiza la justicia constitucional de los Estados. A partir de ello, se esbozan algunas semejanzas y diferencias entre el control de convencionalidad que ejecuta la Corte IDH y el control de constitucionalidad que lleva a cabo el juez constitucional, sin que llegue a afirmarse una identidad entre los mismos.

### **Conclusión 9: El control de convencionalidad por el juez constitucional**

Existen una serie de fundamentos teóricos que sustentan el vínculo entre el examen de convencionalidad y el examen de constitucionalidad que se constata en la práctica del juez constitucional latinoamericano. En concreto, el proceso de apertura constitucional y relativización de la soberanía estatal frente al derecho internacional han transformado al Estado de Derecho autosuficiente en un modelo de Estado Cooperativo.

En este contexto, tanto la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento se flexibilizan y relativizan a partir del fenómeno de pluralismo normativo que reordena las relaciones entre fuentes de derecho interno e internacional y establece una relación de coordinación entre las mismas, sin una jerarquía predeterminada.

De ahí, que se genere una vinculación material y de forma –por el rango de los tratados– entre la Constitución y el canon de convencionalidad.

### **Conclusión 10: Ordenamiento peruano como Estado Constitucional Cooperativo**

El ordenamiento peruano se define como modelo de Estado Constitucional Cooperativo, ya que posee una cláusula de apertura constitucional y en la práctica, los tratados de derechos humanos se equiparan a las normas de rango constitucional.

Igualmente, a través de la legislación y la jurisprudencia se ha establecido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que el Perú le ha reconocido competencia, las opiniones consultivas de la Corte IDH e incluso las recomendaciones de la CIDH son vinculantes para el ordenamiento peruano.

### **Conclusión 11: Control de convencionalidad en el ordenamiento peruano**

En el ordenamiento peruano, el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad, pues el juez constitucional utiliza al canon interamericano como parámetro de control en los procesos que involucran un examen de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de las omisiones legislativas.

Bajo este criterio, el control de convencionalidad que se lleva a cabo en el ordenamiento nacional se guía por las pautas del principio de jerarquía que es el sustento del control de constitucionalidad. De esta forma, el contenido del canon interamericano se hace parte del concepto de “constitución” y los efectos del examen de convencionalidad son los mismos que se derivan de un examen de constitucionalidad.

### **Conclusión 12: Modalidades del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano**

En este ordenamiento, el control de convencionalidad se realiza más en sentido indirecto (interpretativo) que en sentido directo, aun cuando el TC ha mencionado que los tratados tienen rango constitucional y eficacia directa.

Ello quiere decir que el rango constitucional de un tratado de derechos humanos no determina de manera concluyente su uso como parámetro de control frente a las normas de derecho interno. Antes bien, lo que permite dilucidar ello es la práctica del juez constitucional.

### **Conclusión 13: Relación entre canon interamericano y las normas constitucionales del ordenamiento peruano**

La relación entre las normas constitucionales y las normas del canon interamericano se articula en términos de horizontalidad, bajo las reglas de la interpretación sistemática y unidad constitucional.

Se ha descartado el rango supraconstitucional del canon interamericano, toda vez que este es un derecho de mínimos, que permite que el Estado, sobre la base de principios como el de margen de apreciación nacional o el *pro personae*, desarrolle contenidos más progresivos de los instrumentos que forman parte del canon.

### **Conclusión 14: Control de convencionalidad y regla de compatibilidad**

El control de convencionalidad que realiza el juez constitucional peruano es un examen de compatibilidad y no un control de conformidad o uniformidad en sentido o estricto.

Siempre que se cumpla con el estándar mínimo del canon interamericano el juez nacional gozará de cierta flexibilidad para determinar, conforme a sus propias reglas y en sentido progresivo, si la norma que examina es incompatible con los instrumentos del SIDH.

### **Conclusión 15: Efectos del control de convencionalidad por el juez constitucional del ordenamiento peruano**

En el ordenamiento peruano el control de convencionalidad puede generar efectos de invalidez o inaplicación de una norma inconvencional, dependiendo del tipo de proceso constitucional en el que se lleva a cabo: abstracto o difuso.

Asimismo, a través de la figura del precedente vinculante, la doctrina constitucional y la técnica del estado de cosas inconstitucionales los fallos con efectos *inter partes* se generalizan. Estas son mecanismos de objetivación de los procesos constitucionales de la libertad que otorgan efectos *ultra partes* a casos en los que se ha analizado la

convencionalidad de leyes autoaplicativas o de actos basados en una ley que han generado efectos en la esfera de derechos del individuo.

### **Conclusión 16: Elementos que permiten una comparación entre el control de convencionalidad por la Corte IDH y el control de constitucionalidad**

El examen de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH tiene elementos comunes a los del examen de constitucionalidad, tales como la protección de los derechos del individuo (derechos humanos o fundamentales); el concepto de control que define a ambas figuras; las técnicas de control normativo, los efectos de las sentencias, entre otros.

Sin embargo, también los distingue el hecho que el juez interamericano realiza un examen basado en el principio de primacía, mientras que el juez constitucional lo hace bajo la lógica del principio de jerarquía. Asimismo los instrumentos del SIDH no pueden catalogarse como “constitución interamericana”.

### **Conclusión 17: Identidad parcial entre los catálogos de derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos.**

Los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen una base común en sus características: son indivisibles, universales, limitables, se constituyen como límites al poder. Sin embargo ello no significa que gocen de uniformidad entre sus contenidos.

En ese sentido, si bien son un elemento que permite establecer una comparación entre la función del juez constitucional y la del juez interamericano, no alcanzan a establecer una identidad plena entre el control de convencionalidad que realiza el juez de la Corte IDH y la labor del juez constitucional.

Sin embargo, cuando el canon interamericano –conformado por los derechos humanos reconocidos en las fuentes del SIDH– se incorpora al derecho interno, se constitucionaliza, formando así parte del concepto de constitución. En este caso, se

genera una identidad completa de contenidos entre derechos fundamentales y derechos humanos.

### **Conclusión 18: Control de convencionalidad por la Corte IDH**

La Corte IDH realiza un examen de convencionalidad basado en el principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. En ese sentido, se distingue del examen de constitucionalidad que se sustenta en el principio de jerarquía.

No obstante ello, el control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH guarda analogías con la figura de control de constitucionalidad en todas las modalidades en que esta se materializa, tanto por la forma en que se ejercita el control, como por los efectos de dicho examen sobre las normas declaradas inconvencionales.

El control de convencionalidad en sede interamericana puede ser ex – ante o ex – post. El primero de ellos se hace efectivo a través de la función consultiva para las leyes y los proyectos de ley; en segundo se hace efectivo a través de lo que se conoce como competencia contenciosa.

### **Conclusión 19: Control de convencionalidad ex-ante sobre leyes y proyectos de ley**

El control de convencionalidad sobre leyes y proyectos de ley es un examen *in abstracto* que tiene por objetivo prevenir la posible afectación de los derechos reconocidos en el canon interamericano y la activación del sistema de peticiones ante la CIDH o la eventual declaratoria de responsabilidad internacional a través de una sentencia de la Corte IDH.

### **Conclusión 20: Control de convencionalidad ex – post sobre leyes o actos de aplicación.**

El control de convencionalidad ex – post por la Corte IDH se realiza a partir de casos de víctimas reales o potenciales. La figura de víctima potencial no es un concepto

nuevo dentro del SIDH, se encuentra presente en sus propios fundamentos y ha sido utilizado de manera implícita por la Corte IDH en los casos contenciosos.

### **Conclusión 21: La Corte IDH como intérprete máximo del SIDH**

La Corte IDH es el intérprete último de los instrumentos del SIDH que forman parte del canon de convencionalidad. Los jueces nacionales son también intérpretes de dichos instrumentos, pero es la Corte IDH la que establece los estándares mínimos que los Estados deben incorporar al derecho interno.

En ese sentido dicho tribunal cumple una labor de armonización que luego se irradia hacia los ordenamientos nacionales. Los contenidos se incorporan al canon de convencionalidad bajo la lógica del margen de apreciación.

### **Conclusión 22: Los efectos de las sentencias de la Corte IDH**

Las Opiniones consultivas sobre leyes y proyectos de ley tienen efectos vinculantes para el Estado que la solicita y para los Estados que han ratificado la CADH y otros instrumentos del SIDH.

Las sentencias de la Corte IDH tienen efectos de cosa juzgada para los Estados involucrados en la vía contenciosa y de cosa interpretada para el resto de Estados que forman parte del SIDH y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

### **Conclusión 23: Los efectos de una declaratoria de inconvencionalidad**

La declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH no involucra su anulación, derogación, pérdida de vigencia de forma automática, ya que la Corte IDH no es un tribunal supraconstitucional y su jurisdicción es subsidiaria. La facultad de crear normas, reinterpretarlas, anularlas o inaplicarlas sigue siendo una potestad exclusiva del Estado.



La Corte IDH realiza un **re-envío** de su decisión al Estado condenado, a fin de que este tome las medidas necesarias para adecuar el derecho interno a los estándares del SIDH.



## BIBLIOGRAFÍA

### A. Libros, Tesis y Documentos de Trabajo

1. ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Palestra, 2008.
2. ABRAMOVICH, Víctor; Alberto BOVINO y Christian COURTIS. *La aplicación de tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2007.
3. ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des Cours. Collected courses of The Hage Academy of international law*. 6 volúmenes. Martinus Nijhoff Publisher, 1987.
4. ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés. *La protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Tesis de licenciatura en Derecho. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2032.pdf>>
5. ALBANESE, Susana (coordinador). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.
6. \_\_\_\_\_. *Derechos Humanos: estudio de casos y opiniones consultivas*. Dos volúmenes. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1997.
7. ALMIRÓN PRUJEL, Elodia. *Aplicación de las resoluciones emanadas de órganos internacionales de derechos humanos y su eficacia en el derecho interno*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2009. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Aplicacion de las Resoluciones emanadas de Organos Internacionales de Derechos Humanos y su eficacia en el Derecho Interno.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Aplicacion%20de%20las%20Resoluciones%20emanadas%20de%20Organos%20Internacionales%20de%20Derechos%20Humanos%20y%20su%20eficacia%20en%20el%20Derecho%20Interno.pdf)>
8. ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
9. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
10. BIAGGINI, Giovanni, "La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, N° 7, 2003, pp. 43-75.
11. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

12. BOYLE, Alan and Christine Chinkin. *The making of international law*. New York: Oxford University Press, 2007.
13. BROWNLIE, IAN. *Principles of public international law*. Fourth Edition. Oxford: Clarendon Press, 1990.
14. CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
15. \_\_\_\_\_ . *Tratado de derecho internacional dos direitos humanos*. Tres volúmenes . Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
16. CARBONELL, MIGUEL y Pedro SALAZAR (coordinadores). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.: UNAM, 2011.
17. CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
18. \_\_\_\_\_ . *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007.
19. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001.
20. CARTABIA, Martha, Bruno DE WHITE y Pablo PÉRE TREMP (Coordinadores). *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
21. CEJIL. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2009.
22. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Curso de Postítulo. Capacitación en derechos humanos de operadores de la justicia de Guatemala. Compilación de materiales de Lectura*. Santiago, pp. 6-29. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion\\_Materiales\\_Guatemala.pdf](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion_Materiales_Guatemala.pdf)>
23. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*. Dos volúmenes. San José: CORTE IDH, 1998.
24. CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Dos volúmenes. Lima: Idemsa, 2009.
25. DE VERGOTTINI, GIUSEPPE. *Las transiciones constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

26. DÍAZ REVORIO, Javier. *La Interpretación Constitucional de la Ley*. Lima: Palestra, 2003.
27. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Décimo quinta edición. Madrid: Tecnos, 2005.
28. ESCOBAR GARCÍA, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
29. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002.
30. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Dos volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.
31. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
32. \_\_\_\_\_ . *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
33. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Doce volúmenes. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coordinador). *El sistema europeo de protección de derechos humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1983.
35. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2001.
36. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya, CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Consulta: 03 de junio de 2010. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/15.pdf>>
37. GHERSI RASSI, Óscar. "La acción popular en el Derecho Internacional Público: un estudio crítico de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, N° 122, 2001, pp. 15-51.
38. GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

39. GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre Interpretación Jurídica*. México D. F.: UNAM, 1999.
40. HÄBERLE, Peter y Markus KOTZUR. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Consulta: 30 de abril de 2010. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/545/4.pdf>>
41. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, (traducción de Emilio Mikunda-Franco). Madrid: Tecnos, 2002.
42. \_\_\_\_\_. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001.
43. \_\_\_\_\_. "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica". En PÉREZ LUÑO, Antonio (coordinador). *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 151-186.
44. HAKANSSON, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*, Lima: Palestra, 2009.
45. HERNÁNDEZ PÉREZ, Sarai. *Análisis de la Acción por Omisión Legislativa en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y el Proyecto de Ley Reglamentaria*. Tesis de Maestría en Derecho. Veracruz: Universidad Veracruzana. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros%202007/Tesis/T8.pdf>>
46. HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
47. INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME. *Cahiers de l'IDEDH*. Montpellier, N° 11, 2007. Consulta: 24 de mayo de 2010. <[http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf\\_Cahiers\\_IDEDH\\_11.pdf](http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf_Cahiers_IDEDH_11.pdf)>
48. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiado. Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. San José: IIDH-ACNUR, 1994.
49. INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS. *Oportunidades y obstáculos para el acceso de las víctimas al sistema interamericano de protección de derechos humanos*, p. 244, Bogotá: 2009, consulta: 01 de diciembre de 2011, <[http://www.proyectofortalesder.org/publicaciones.shtml?scl=38&apc=da1--&scr\\_38\\_Go=4](http://www.proyectofortalesder.org/publicaciones.shtml?scl=38&apc=da1--&scr_38_Go=4)>
50. KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2006. Dos volúmenes. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
51. \_\_\_\_\_. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2005. Dos volúmenes. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

52. LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: PUCP, 2011
53. \_\_\_\_\_. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 2da edición. Lima: Palestra, 2003.
54. LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos. *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*. Tesis de magíster en Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 93. Consulta: 15 de julio de 2011. <<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1951/1/80215842.pdf>>
55. MAGALONI KERPEL, Ana. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: Mac Graw Hill, 2001.
56. MAHONEY. Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Rysdøl*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000.
57. MEJÍA RIVERA, Armando J. *Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho*. Tesis doctoral en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009. Consulta: 25 de junio de 2010. <[http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin\\_mejia\\_tesis.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7591/1/joaquin_mejia_tesis.pdf)>
58. MÉNDEZ., Juan y Francisco COX. *El futuro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
59. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Segunda Edición. Buenos Aires: Astrea, 1989.
60. NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, 2000.
61. PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykynson, 2004.
62. \_\_\_\_\_. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
63. PÉREZ LUÑO, Antonio. "Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional". *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid, N° 20, 2007, pp. 495-511. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://e-spacio.und.es/fez/list.php?community\\_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional](http://e-spacio.und.es/fez/list.php?community_pid=bibliuned:revistaTeoriayRealidadConstitucional)>
64. PÉREZ LUÑO, Antonio (coordinador). *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

65. RAMA-MONTALDO, Manuel (editor). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum. Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Dos volúmenes. Montevideo: Fundación de Cultura Económica, 1994.
66. REY CANTOR, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa, 2008.
67. ROLLA, Giancarlo. *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*. México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002
68. REQUEJO PAGÉS, Juan. *Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. Madrid: McGraw Hill, 1995.
69. RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997.
70. SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*. Talca, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117-136. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>
71. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Lima: GTZ – IDEHPUCP, 2010.
72. \_\_\_\_\_. *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho internacional de los estados*. Lima: Palestra, 2007.
73. SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
74. SORENSEN, Max. *Manual de derecho Internacional público*, México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
75. SUDRÉ, Frederic. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France.
76. TIRADO MEJÍA, Álvaro. *Avances, fortalezas y desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Consulta: 15 de agosto de 2010. <[http://www.oas.org/juridico/spanish/alvaro tirado mejia.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/alvaro_tirado_mejia.htm)>
77. VEGA GÓMEZ, Juan y Edgard CORZO SOSA. *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
78. VIDAL FUEYO, Camino. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". En KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Tomo II, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 427-447.

79. VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
80. VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense, 2011, Consulta: 19 de noviembre de 2011. <<http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf>>
81. VON BOGDANDY, Armin; Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América latina?* Dos volúmenes. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010
82. ZERBINI RIBEIRO LEAO, Renato (coordinador). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, ensaios em homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cancando Trindade)*. Seis volúmenes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

#### **B. Artículos en revistas u obras colectivas**

1. AGO, ROBERTO. “Las opiniones consultivas “obligatorias” de la Corte Internacional de Justicia: problemas de ayer y hoy”. En RAMA-MONTALDO, Manuel (editor). *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum. Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Económica, 1994, pp. 1081-1098.
2. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Derechos Fundamentales-Derechos Humanos ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie. México D.F., año XLIII, N° 127, enero-abril, 2011, pp. 15-71.
3. \_\_\_\_\_. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales”. *Revista Iberoamericana de de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 13, enero-junio, 2010, pp. 3-60.
4. \_\_\_\_\_. “La internacionalización del derecho constitucional”. *Estudios Constitucionales*. Santiago, año 5, N° 1, 2007, pp. 223-281.
5. ALBANESE, Susana. *Dos recientes sentencias de la Corte Interamericana y el control de convencionalidad*. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <<http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=7996&tipo=2>>
6. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 8, pp. 3-29.
7. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42.



8. ALKEMA, Evert. "The european convention as a constitution and its courts as a constitutional court, en: Protecting human rights: the european perspective". En MAHONEY. Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 41- 63.
9. ALLEGUE, Pilar. "10 preguntas a Luigi Ferrajoli". *Boletín de La Facultad De Derecho*, N° 12, 1997, <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1997-12-4FD48B11&dsID=PDF>>, consulta: 26-04-2010.
10. ÁLVAREZ GIL, Roberto. "Desafíos y retos en el uso del sistema interamericano". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N° 46, 2007, pp. 17-27.
11. ARAGÓN REYES, Manuel. "Interpretación de la Constitución y carácter objetivado del control jurisdiccional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 6, N° 17, mayo-agosto, 1986, pp. 85-136.
12. ARANA TAMAYO, Cristina. "La legitimación constitucional de la Unión Europea". Trabajos y ensayos,, Publicación del Master Oficial en Estudios Internacionales y del Programa de Doctorado Cooperación, Integración y Conflicto en la Sociedad Internacional Contemporánea, N° 5, 2007, pp. 1-16. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.diprrihd.ehu.es/revistadoctorado/05/Arana.pdf>>
13. ASTOLA MADARIAGA, Jasone. "De la legitimidad democrática de la Unión Europea y de la legitimación democrática de sus decisiones". *Teoría y realidad constitucional*, N° 15, 2005, p. 201-234.
14. AYALA CORAO, Carlos. "Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana y su ejecución". En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya, CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 293-342. Consulta: 03 de junio de 2010. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/15.pdf>>
15. \_\_\_\_\_. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*. Año 5, N° 1, 2007, pp. 127-201.
16. \_\_\_\_\_. "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional". *Foro Constitucional Iberoamericano*. Madrid, N° 7, pp. 1-74. Consulta: 15 de julio de 2011. <<http://www.idpc.es>>
17. BASSIOUNI, Cherif. "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea". En CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia*. Santiago: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, pp. 1-67, Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni\\_JurisdiccionUniversal.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf)>

18. BAZÁN, Víctor. "Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2007, pp. 37-61.
19. BEAUDONNET, Xavier. "La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales". *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, 2006, pp. 1-45.
20. BERNAL CANO, Natalia. "Los efectos de la acción de tutela más allá de los casos concretos. La protección de los derechos fundamentales en Colombia". *Cuestiones Constitucionales*. México D.F, N° 21, julio-diciembre, 2009, pp. 1-27.
21. BINDER, Chrstina. *El TEDH como tribunal constitucional*. Presentation given in the International Seminar "Justicia constitucional y diálogo jurisdiccional. Hacia un ius Constitutionale Comune en América Latina", Heidelberg, 25 November 2011.
22. \_\_\_\_\_. "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights". *German Law Journal*, N° 12, pp. 1203-123, 2011.
23. \_\_\_\_\_. "¿Hacia una Corte Constitucional de América latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías". En VON BOGDANDY, Armin; Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucionale commune en América latina?* Tomo II. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 159-188.
24. BONET PÉREZ, J."El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el asunto Barberà, Messegué y Jabardo (caso Bultó)". *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 1, 1993, pp. 59-83.
25. BUSTOS GISBERT, Rafael. "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos de Europa". En FERRER MAC GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *Aspectos del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IX, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 755-774.
26. CANÇADO TRINDADE, Octavio. "Os efeitos das decisões dos tribunais internacionais de Direitos Humanos no direito interno dos Estados". En ZERBINI RIBEIRO, LEAO RENATO (COORDENADOR). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, ensaios em homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Tomo V. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp.
27. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Derecho Internacional de los derechos humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias". En INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS

PARA LOS REFUGIADOS. *Diez años de la Declaración de Cartagena sobre refugiado. Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas*. San José: IIDH-ACNUR, 1994, pp. 77-168.

83. \_\_\_\_\_ . Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)". En ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des Cours. Collected courses of The Hage Academy of international law*. Tomo II. Martinus Nijhoff Publisher, 1987, pp. 271-283.
28. CARPIO MARCOS, Edgard. "Los derechos no enumerados". En FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 311-327.
29. CARTABIA, Martha. "El Tratado Constitucional para la Unión Europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros". En CARTABIA, Martha, Bruno DE WHITE y Pablo PÉRE TREMPES (Coordinadores). *Constitución europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 251-286.
30. CASTILLA, Karlos. "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 11, 2011, pp. 593-624
31. CONSTANTE, Thomas, Martin OELZ y Xavier BEAUDONNET. *The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications*, pp. 249-285, consulta: 05 de julio de 2010. <training.itcilo.org/iils/.../Article%20Beaudonnet,%20Oelz,%20Thomas.pdf>
32. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. "Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos". En REY TRISTÁN, Eduardo y Patricia CALVO GONZÁLEZ. *200 años de Iberoamérica (1810-2010). Congreso Internacional: XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles : congreso internacional*. Santiago de Compostela, 2010, p. 2190. 2002, consulta: 01 de diciembre de 2011, < [http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616\\_v1/](http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616_v1/) >
33. DE CARLOS VÁSQUEZ, María José. "Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales". *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Madrid, volumen 1, 2003, pp. 1-20.
34. DEL TORO HUERTA, Mauricio. "El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México D.F., N° 251, enero-junio, año 2009, pp. 391-438.
35. \_\_\_\_\_ . "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005, pp.325-363.

36. \_\_\_\_\_ .“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de responsabilidad internacional del Estado por actos legislativos. Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo”. En ZERBINI RIBEIRO LEAO, Renato (coordinador). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, ensaios em homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 473-497.
37. DELMAS-MARTY, Mireille. “Le rôle de juge européen dans la renaissance du jus commune”. En MAHONEY. Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 397-410.
38. DIEZ DE VELASCO, Manuel. Reflexiones sobre un derecho internacional del futuro. *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al profesor Santiago Benadava*, tomo I, Santiago, pp. 381 y ss.
39. DÍEZ PICAZO, Luis María. “Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe”. *Jean Monnet Working Papers*, N° 5, 2004, pp. 1-23. Consulta: 15-04-2010 <[www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org)>
40. \_\_\_\_\_ “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, N° 2, 2000, pp. 221-233.
41. EGLI, Patricia. “Protocol No. 14 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Towards a More Effective Control Mechanism”. *Journal of Transnational Law & Policy*. Tallahassee, N° 17, otoño, 2007, pp. 1-34. Consulta: el 07 de octubre de 2011. < <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+J.+Transnat'l+L.+%26+Pol'y+1&srctype=smi&srcid=3B15&key=d49e7911a3fb9a87434634becfad765>>
42. ESPÓSITO, Carlos. *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*. Consulta: 01 de agosto de 2011. <[www.glocaltrento.com/.../05e](http://www.glocaltrento.com/.../05e) La jurisdicción consultiva de la Corte>
43. FAJARDO MORALES, Zamir. “La plena vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: una utopía por construir”. *American University International Law Review*, volumen 25, N° 1, 2009, pp. 77-114.
44. FERNANDES CARVALHO VEÇOSO, Fabia and Alberto DO AMARAL JÚNIOR. “The Inter-american system as new grossraum? assessing the case law of the inter-american court of human rights”. En EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW. *Conference papers*. N° 3, 2011, pp. 1-22. Consulta: 01 de diciembre de 2011. < <http://ssrn.com/abstract=1967666> >
45. FERRER MAC- GREGOR, Eduardo y Fernando SILVA GARCÍA. “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”. En *X Congreso*

- Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima, 2009, pp. 1-20. Consulta: 01 de diciembre de 2011 <  
[http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIA\\_S-MESAS/MESA%201/FERRER%20MAC-GREGOR,%20Eduardo%20Mexico%20-%20El%20control%20de%20convencionalidad....pdf](http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/docs/pdf/PONENCIA_S-MESAS/MESA%201/FERRER%20MAC-GREGOR,%20Eduardo%20Mexico%20-%20El%20control%20de%20convencionalidad....pdf)>
46. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.
47. \_\_\_\_\_. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma del juez mexicano”. En CARBONELL, MIGUEL y Pedro SALAZAR (coordinadores). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.:UNAM, 2011, pp. 339-429.
48. FIX ZAMUDIO, Héctor. “La justicia constitucional en América Latina”. En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Lecturas Constitucionales. Andinas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, N° 1, pp. 451-467. Consulta: 19 de noviembre de 2011. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf>>}
49. FRANCO, Leonardo Alberto. “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”. En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mireya, CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coordinadores). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 157-171. Consulta: 03-06-2010, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/15.pdf>>
50. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
51. FLAUSS, Jean François. “La Cour Européene des Droits de l’homme est-elle une Cour constitutionnelle?” *Revue Francaise de Droit Constitutionnelle*. París, N° 36, 1998, pp. 711-728.
52. FUENTES TORRIJO, Ximena. *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf)> El subrayado es nuestro.
53. GADÁMEZ ZELADA, Liliana. “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 34, N° 3, p. 439-455.

54. GAÏA, Patrick. "Les interactions entre les jurisprudentes de la Cour Européene des droits l'homme et du Conseil Constitutionnel". *Revue Francaise de Droit Constitutionnelle*. Paris, N° 28, 1996, pp.725-745.
55. GARCÍA - BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa. "La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación". *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*. Madrid. N°. 4, 2006, pp. 127-152.
56. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 57. Consulta: 04 de abril de 2011. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/324/7.pdf>>
57. \_\_\_\_\_ . "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, pp.
58. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Constitucionalismo y positivismo". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 18, N° 54, setiembre-diciembre, 1998, pp. 367-381.
59. GARCÍA ROCA, JAVIER. "La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 5, 2006, pp. 139-181.
60. GARLICKI, Lech. "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité". *Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme*, pp. 1-7. Consulta: 11 de agosto de 2011. <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>
61. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno". En CORTE IDH. *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*. Tomo II. San José: CORTE IDH, 1998, pp. 819-828.
62. GRABARCZYK, Katarzyna. "Dialogue des juges: éléments d'analyse Propos introductifs". INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME. *Cahiers de l'IDEDH*. Montpellier, N° 11, 2007, pp. 10-41. Consulta: 24 de mayo de 2010. <[http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf\\_Cahiers\\_IDEDH\\_11.pdf](http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf_Cahiers_IDEDH_11.pdf)>
63. GROPPI, Tania. "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada". En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, tomo III, México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 227-255.
64. HÄBERLE, Peter. "El Estado Constitucional Europeo". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., N° 2, enero-junio, 2000, pp. 87-104.

65. HITTERS, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Estudios constitucionales*. Talca, volumen 7, N° 2, 2009, pp. 109-128. Consulta: 21 de julio de 2010, <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841005>>
66. \_\_\_\_\_. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 10, julio-diciembre, 2008, pp. 131-156.
67. HUERTA OCHOA, Carla. La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XXXVI, N° 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 927-950.
68. JIMENA QUESADA, Luis. 2010. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?". *VIII Congreso de la ACE, Derecho constitucional europeo*. San Sebastián. Consulta: 31-05-2010. <<http://www.aces.es/congresoVIII/mesa2.html>>
69. KOH, Harold Hongju, "International Law as part of our Law *American Journal of International Law*, Nueva York, Volumen 98, N° 1, 2004, pp. 43-57.
70. LAFAILLE, Frank. "Convention Européene des droits de l'homme et constitution italienne". *Revue de droit public*. Paris, N° 4, 2009, pp. 1137-1154.
71. LANDA ARROYO, César. "Los tratados internacionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional". Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://190.41.250.173/guia/landa-2.htm>>
72. LANDA ARROYO, César. Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones, inédito, pp. 1- 30.
73. LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo". *Revista de derecho político*. Madrid, año 2007, N° 69, pp. 355-383.
74. LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., año XLIII, volumen 128, 2010, pp.761 – 814.
75. LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. "La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos: ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?". En UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Bilbao: Servicio Editorial, pp. 225-260.
76. LUPU, Yonathan. "The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations", p. 4. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://ucsd.academia.edu/YonatanLupu/Papers/1001168/The\\_Role\\_of\\_Precedent](http://ucsd.academia.edu/YonatanLupu/Papers/1001168/The_Role_of_Precedent)>

at the European Court of Human Rights A Network Analysis of Case Citations

77. MAHONEY, Paul. "The Comparative Method in judgments of the European Court of Human Rights: reference back to national law". En GANIVET, Guy. *Comparative Law before the Courts*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 135-150.
78. MATILLANA SIN JOC, Franco. "La víctima potencial en el sistema de protección internacional de los DDHH". *Derecho y Cambio social*. Consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista008/victima%20potencial.htm>>
79. MAYER, Franz. *The European Constitution and the Courts Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, pp. 1-74. Consulta: 13 de abril de 2010, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/030901.html>>
80. MAZZUOLI, Valerio. "Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro". *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*. Santo Angelo, Ano IX, N° 12, Março 2009, pp. 235-276.
81. MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Extracto preparado por los autores para el curso". En CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. *Curso de Postítulo. Capacitación en derechos humanos de operadores de la justicia de Guatemala. Compilación de materiales de Lectura*. Santiago, pp. 6-29. Consulta: 01 de diciembre de 2011, <[http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion\\_Materiales\\_Guatemala.pdf](http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/docencia/Compilacion_Materiales_Guatemala.pdf)>
82. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación*. consulta: 26 de noviembre de 2011. <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/v/tratados.internacionales.ddhh.pdf>>
83. MILLER, Nathan. "An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Tribunals". *Leiden Journal of International Law*. Leiden, N° 15, 2002, pp 483-526.
84. MONDRAGÓN REYES, Salvador. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. México, N° 29, 2010, pp. 139-150.
85. MORALES SARAVIA, Francisco. "Interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades". En FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp. 1179-1188.
86. MORENO CRUZ, Rodolfo. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XL, N° 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852.



87. NASH, Claudio. "Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI". En KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1305-1333.
88. NEUMAN, Gerald. "The uses of international law in constitutional interpretation". *American Journal of International Law*, Nueva York, Volumen 98, N° 1, 2004, pp. 82-90.
89. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 7, enero-junio 2007.
90. \_\_\_\_\_. "La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos". *Ius et Praxis*. Talca, volumen 6, N° 2, 2000, pp. 227-279.
91. NÚÑEZ POBLETE, Manuel. "Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, volumen 31, N° 1, 2004, pp. 115-136. Consulta: 13 de abril de 2010. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650456>>
92. \_\_\_\_\_. "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32. Valparaíso, junio, 2009. Consulta: 08 de junio de 2010. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100014&script=sci_arttext)>
93. PALACIO DE CAEIRO, Silvia. "El control de Convencionalidad y los Convenios de la OIT". *La Ley*. Buenos Aires, año LXXIII, N° 13, julio de 2009, pp. 1-2.
94. PAQUINO, Pascuale. *The New Constitutional Adjudication in France*, pp. 1-19. Consulta: 11 de agosto de 2011. <<http://www.astrid-online.it/>>
95. PEGORARO, Lucio. "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F., N° 2, 2004, pp. 131-158.
96. PERNICE, Ingolf. "Multilevel Constitutionalism in the European Union". *European Law Review*. Londres, N° 27, 2002, pp. 511-529.
97. PREBENSEN, S. "Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights". En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 1123- 1137.
98. RUIZ MIGUEL, Carlos. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos, ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?". En

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*. Tomo II. San José: Corte IDH, 1998, pp. 1345-1363.

99. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N° 20, 2007, pp. 435-470.
100. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Conjunción de sistemas normativos y reordenación del sistema de fuentes”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, N° 90, 1995, pp. 113-128. Consulta: 21 de abril de 2010. <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_090\\_111.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_090_111.pdf)>
101. REY TRISTÁN, Eduardo y Patricia CALVO GONZÁLEZ. *200 años de Iberoamérica (1810-2010)*. Congreso Internacional: XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional. Santiago de Compostela, 2010, p. 2199, consulta: 01 de diciembre de 2011, < [http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616\\_v1/](http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616_v1/) >
102. RIDEAU, Joël. 2009. “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide”. *Revue de Droit Public*, N° 3, pp. 601-630.
103. ROA ORTIZ, Emmanuel. “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”. En VALADÉS, Diego y Rodrigo GUTIÉRREZ (coordinadores). *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*. México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 175-207.
104. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. “La ejecución de las sentencias de la Corte”. En MÉNDEZ., Juan y Francisco COX. *El futuro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998
105. ROLLA, Giancarlo. “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. En VEGA GÓMEZ, Juan y Edgard CORZO SOSA. *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 355-375.
106. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Seis volúmenes. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999.
107. RUIZ CHIRIBOGA, Osvaldo. “The conventionality control. Examples of (un) succesful experiences in Latinamerica”. *Interamerican and European Human Rights Journal*. Volumen 3, N° 1-2, 2010, 200-219.
108. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Análisis de la sentencia del TC en el caso El Frontón: cuando las formas son más importantes que los derechos.

<[http://www.justiciaviva.org.pe/documentos\\_trabajo/doc25.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/doc25.pdf)>. Consulta: 18 de febrero de 2011.

109. SAGÜÉS, María Sofía. “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de “Lawrence v. Texas””. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., N° 1, pp. 199-219.
110. SAGÜÉS, Néstor. “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”. *La Ley*, 2009-B, 19 de febrero de 2009.
111. SAILLANT, ELODIE. “Conseil Constitutionnel, Court Européenne des Droits del’Homme et protection des droits et libertés: sur la prétendue rivalité de systèmes complémentaires”. *Revue du droit public*. Paris, volumen 120, N° 6, noviembre-diciembre, 2004, pp. 1485-1546.
112. SAIZ ARNAIZ, Alejandro. “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa”. *Revista Jurídica de UCES*. 2009, pp. 159-174. Consulta: 07 de julio de 2010. <[http://www.desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../El convenio de Rom a.pdf](http://www.desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../El_convenio_de_Rom_a.pdf)>
113. SALADO OSUNA, Ana. *Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal De Estrasburgo*. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/AnaSalado.pdf> >
114. SALGADO PESANTES, Hernán. “Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”. En VON BOGDANDY, Armin; Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius constitutionale commune en América latina?* Tomo II. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 469-495.
115. SALVADOR MARTÍNEZ, María. “Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N° 21, pp. 1-12. Consulta: 16 de noviembre de 2011. <[http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion M Salvador.pdf](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_M_Salvador.pdf)>
116. SALVIOLI, Fabián Omar. El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos. *Anuario de Derecho Universidad Austral*. Buenos Aires, p. 26
117. \_\_\_\_\_. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Marco Legal y desarrollo jurisprudencial. En ZERBINI RIBEIRO LEAO, Renato (coordinador). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos, ensaios em homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cancando Trindade)*. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 417-472.

118. SCHEMERS, Henry. "A european supreme court". En MAHONEY. Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 1271-1284.
119. SEGARES RODRÍGUEZ, Emilia. "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En ZERBINI, Renato. *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo V. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 317-340.
120. SILVA GARCÍA, Fernando. El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, 2006, pp. 231-253.
121. SLAUGHTER, Anne- Marie. "A typology of transjudicial communication". *University of Richmond Law Review*, 1994, pp. 99-137.
122. SWEET, Alec Stone. "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court". *Faculty Scholarship Series*. New Haven, Paper N° 71, 2009, pp. 1-14. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/71](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71)>
123. SZARANGOWICZ, Gustavo y Sebastián TOLEDO. "Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina". En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coordinadores). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Volumen III. México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 591-636.
124. TOLE MARTÍNEZ, Julián. "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N° 15, julio-diciembre, 2006, pp. 266-273.
125. VÁSQUEZ ARMAS, Renato. "La técnica de declaración del "estado de inconstitucional". Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano". *Ius et Veritas*, N° 41, 2010.
126. THURY CORNEJO, Valentín. "La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana". *Jornadas argentino-chileno-peruano-uruguayas de asociaciones de derecho constitucional*. Montevideo, 17 y 18 de junio de 2011, pp. 1-14. Consulta: 26 de noviembre de 2011.  
<<http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>>
127. VECOSO, Fabia y Alberto DO AMARAL. "The Inter-American System as New Grossraum? Assessing the Case Law of the Inter-American Court of Human

Rights". En *4th Research Forum. European Society of International Law (ESIL)*, mayo, 2011. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://ssrn.com/abstract=1967666>>

128. VELÚ, Jacques. "Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales". En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 1511-1524.
129. VERDUGO, Sergio. "Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador. *Estudios Constitucionales*. Talca, año 8, N° 1, 2010, pp. 201-248. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art08.pdf>>
130. VON BOGDANDY, Army. "Derecho y justicia constitucional nacional y transnacional". En ESCOBAR GARCÍA, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 407-429.
131. WILDHABER, Luzius. "The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future". *American University International Law Review*. Washington, volumen 20, N° 4, 2007, pp. 521-538. Consulta: 23 mayo de 2010. <[www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf](http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/22/wildhaber.pdf)>
132. \_\_\_\_\_. "The European Court of Human Rights in action". *Ritsumeikan Law Review*, N° 21, 2004, pp. 83-90. Consulta: 01 de de junio de 2010. <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rir21/wildhaber.pdf>>
133. \_\_\_\_\_. *The place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional landscape. Conference of European Constitutional Courts. XIIth Congress*. Consulta: 01 de diciembre de 2011. <<http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xii/Report%20ECHR-EN.pdf>>
134. \_\_\_\_\_. "Precedent in the European Court of Human Rights". En MAHONEY, Paul; Franz MATSCHER, Herbert, PETZOLD y Luzius WILDHABER. *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 1529-1545.

### C. NORMAS Y TRATADOS

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos
3. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
4. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
5. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

6. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
7. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
8. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
9. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
10. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
12. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
13. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
14. Constitución Política del Perú de 1993
15. Constitución de Colombia de 1991
16. Constitución Nacional de la República Argentina de 1994.
17. Constitución Española de 1978
18. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
19. Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237
20. Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, Ley N° 27775

#### **D. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA**

##### ***Jurisprudencia nacional***

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 0024-2010-PI/TC, 21 de marzo de 2011.
2. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 1680-2009-PHC/TC, 30 de julio de 2009.
3. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 0022-2009-PI/TC, 17 de junio de 2010.
4. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en el expediente N° 0002-2009-PI/TC, 08 de febrero de 2010.
5. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 0014-2007-PI/TC, 11 de mayo de 2009.
6. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 01412-2007-PA/TC, 07 de abril de 2009.
7. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 02823-2008-AA/TC, 29 de enero de 2009.
8. \_\_\_\_\_. Sentencia recaída en expediente N° 0006-2008-PI, 07 de agosto de 2008.
9. \_\_\_\_\_. Resolución recaída en expediente N° 00245-2007-Q/TC, 20 de junio de 2008.

10. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 7339-2006-PA/TC, 25 de junio de 2007.
11. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 4853-2004-AA/TC, 22 de mayo de 2007.
12. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0007-2007-PI/TC, 20 de junio de 2007.
13. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 00679-2005-AA/TC, 18 de junio de 2007.
14. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 00679-2005-AA/TC, 25 de mayo de 2007.
15. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expedientes N° 0025-2005-AI/TC y N° 0026-2005-AI/TC, 15 de agosto de 2006.
16. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 00027-2005-AI/TC, 15 de agosto de 2006.
17. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída expediente N° 02730-2006-AA/TC, 27 de julio de 2006.
18. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0004-2006-PI/TC, 18 de abril de 2006.
19. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 04587-2004-AA/TC, 15 de febrero de 2006.
20. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 3361-2004-AA/TC, 16 de diciembre de 2005.
21. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 5854-2005-AA/TC, 08 de noviembre de 2005.
22. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 2308-2004-AA/TC, 15 de setiembre de 2005.
23. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 3771-2004-HC/TC, 22 de febrero de 2005.
24. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0549-2004-HC/TC, 08 de febrero de 2005.
25. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0023-2003-AI/TC, 28 de octubre de 2004.

26. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en Expediente N° 0004-2004-AI/TC, 27 de setiembre de 2004.
27. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 2945-2003-AA/TC, 12 de julio de 2004.
28. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 3283-2003-AA/TC, 16 de junio de 2004.
29. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 2050-2002-AA/TC, 28 de mayo de 2003.
30. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0014-2002-AI/TC, 25 de enero de 2003.
31. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, 16 de marzo de 2003.
32. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0010-2002-AI/TC, 04 de enero de 2003.
33. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0217-2002-HC/TC, 20 de setiembre de 2002.
34. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 1230-2002-HC/TC, 29 de agosto de 2002.
35. \_\_\_\_\_ . Sentencia recaída en expediente N° 0830-2000, 21 de agosto de 2001.

### ***Jurisprudencia Comparada***

#### Colombia

1. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-319/10, 05 de mayo de 2010.
2. \_\_\_\_\_ . Sentencia C-148/05, 22 de febrero de 2005.
3. \_\_\_\_\_ . Sentencia de unificación SU 559/1997, 06 de noviembre de 1997.

#### Argentina

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Caso Girolodi, Horacio d. y otro*, 07 de abril de 1995.



## México

1. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el expediente N° 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011.
2. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 136/2002, 13 de diciembre de 2002.

## Chile

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 576, 24 de abril de 2007

**E. SENTENCIAS Y DOCUMENTOS INTERNACIONALES*****Fallos Contenciosos de la Corte IDH***

1. \_\_\_\_\_. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
2. \_\_\_\_\_. *Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela*. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
3. \_\_\_\_\_. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
4. \_\_\_\_\_. *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
5. \_\_\_\_\_. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
6. \_\_\_\_\_. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
7. \_\_\_\_\_. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
8. \_\_\_\_\_. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
9. \_\_\_\_\_. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

10. \_\_\_\_\_. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
11. \_\_\_\_\_. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204.
12. \_\_\_\_\_. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.
13. \_\_\_\_\_. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
14. \_\_\_\_\_. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
15. \_\_\_\_\_. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.
16. \_\_\_\_\_. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
17. \_\_\_\_\_. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
18. \_\_\_\_\_. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.
19. \_\_\_\_\_. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
20. \_\_\_\_\_. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
21. \_\_\_\_\_. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
22. \_\_\_\_\_. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
23. \_\_\_\_\_. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
24. \_\_\_\_\_. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

25. \_\_\_\_\_. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo iñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
26. \_\_\_\_\_. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
27. \_\_\_\_\_. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
28. \_\_\_\_\_. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
29. \_\_\_\_\_. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
30. \_\_\_\_\_. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
31. \_\_\_\_\_. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
32. \_\_\_\_\_. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
33. \_\_\_\_\_. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.
34. \_\_\_\_\_. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123.
35. \_\_\_\_\_. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
36. \_\_\_\_\_. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
37. \_\_\_\_\_. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
38. \_\_\_\_\_. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
39. \_\_\_\_\_. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
40. \_\_\_\_\_. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123,

41. \_\_\_\_\_. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117.
42. \_\_\_\_\_. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
43. \_\_\_\_\_. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
44. \_\_\_\_\_. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
45. \_\_\_\_\_. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
46. \_\_\_\_\_. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
47. \_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
48. \_\_\_\_\_. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
49. \_\_\_\_\_. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
50. \_\_\_\_\_. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 223.
51. \_\_\_\_\_. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.
52. \_\_\_\_\_. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61.
53. \_\_\_\_\_. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.
54. \_\_\_\_\_. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 41.
55. \_\_\_\_\_. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
56. \_\_\_\_\_. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.
57. \_\_\_\_\_. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

58. \_\_\_\_\_. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
59. \_\_\_\_\_. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30.
60. \_\_\_\_\_. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C N° 22.

### **Medidas provisionales**

Corte IDH. *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia*. Resolución de la Corte del 17 de noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte del 18 de agosto de 2000

\_\_\_\_\_. *Asunto del pueblo indígena Kankuamo respecto de Colombia*. Resolución de 5 de julio de 2004.

### **Opiniones Consultivas**

1. CORTE IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.
2. \_\_\_\_\_. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.
3. \_\_\_\_\_. *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.
4. \_\_\_\_\_. *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991.
5. \_\_\_\_\_. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.
6. \_\_\_\_\_. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana Sobre*

- Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio 1989. Serie A No. 10.
7. \_\_\_\_\_. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
  8. \_\_\_\_\_. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
  9. \_\_\_\_\_. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
  10. \_\_\_\_\_. *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.
  11. \_\_\_\_\_. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

#### **Votos de jueces de la Corte IDH**

1. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Voto del Juez Cançado Trindade.
2. \_\_\_\_\_. *Asunto Eloisa Barrios y otros respecto Venezuela*. Voto del juez Cançado Trindade. Resolución de la Corte 29 de junio de 2005.
3. \_\_\_\_\_. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli
4. \_\_\_\_\_. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del Juez García Ramírez.
5. \_\_\_\_\_. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto del Juez García Ramírez.
6. *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Resolución de 6 de marzo de 2003. Voto concurrente de los jueces Sergio García Ramírez y Alirio Abreu Burrelli,

7. \_\_\_\_\_. *Caso Loayza Tamayo contra Perú; (Reparaciones)*; Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N 42, Voto Razonado conjunto de los Jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli.
8. \_\_\_\_\_. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del Caso Bámaca Velásquez.

### **Fallos del TEDH**

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Vajnai c. Hungría*. Expediente N° 33629/06, 28 de febrero de 2008.
2. \_\_\_\_\_. *Scordino c. Italia*. Expediente N°. 36813/97, 29 de marzo de 2006.
3. \_\_\_\_\_. *Von Hannover c. Alemania*. Expediente N° 59320/2000, 24 de junio de 2004.
4. \_\_\_\_\_. *Mostacciolo Giuseppe c. Italia*. Expediente N° 64705/01, 29 de marzo de 2006.
5. \_\_\_\_\_. *Modinos c. Chipre*. Expediente N° 15070/89, 22 de abril de 1993.
6. \_\_\_\_\_. *B. c. Francia*. Expediente N° 13343/87, 25 de marzo de 1992.
7. \_\_\_\_\_. *Cossey c. Reino Unido*. Expediente N° 10843/84, 27 de setiembre de 1990.
8. \_\_\_\_\_. *Norris c. Irlanda*. Expediente N° 10581/83, 26 de octubre de 1988.
9. \_\_\_\_\_. *Rees c Reino Unido*. Expediente N° 9532/81, 17 de octubre de 1986.
10. \_\_\_\_\_. *Barbera, Messegué y Jabardó c. España*. Expedientes N° 10588/83; 10590/83; 10589/83, 25 de octubre de 1985.
11. \_\_\_\_\_. *Dudgeon c. Reino Unido*. Expediente N° 7525/76, 24 de febrero de 1983.
12. \_\_\_\_\_. *Marckx c. Bélgica*, Expediente 06833/74, 13 de junio de 1979.
13. \_\_\_\_\_. *Klass and others c. Federal Republic of Germany*, Expediente N° 5029/71, 06 de setiembre de 1978.

### **Comité Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

1. \_\_\_\_\_ . *Caso André Braun c. Francia.* Comunicación N° 1453/2006, 18 de octubre de 2006.
2. \_\_\_\_\_ . *Caso Ballantyne, Davidson and McIntyre c. Canadá,* 5 de mayo de 1993.
3. \_\_\_\_\_ . *Caso Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres mauricianas c. la isla de Mauricio.* Comunicación N° 35/1978, 9 de abril de 1981.
4. \_\_\_\_\_ . *Caso Toonen c. Australia.* Comunicación 488/1992, 25 de diciembre de 1991.

### **Informes de la CIDH**

1. CIDH. Informe N° 38/09, Caso 12.670. *Admisibilidad y fondo asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú,* 27 de marzo de 2009.
2. CIDH. Informe N° 78/07. *Caso 12.265. Fondo. Chad Roger Goodman vs. Bahamas,* 15 de octubre de 2007.
3. \_\_\_\_\_. Informe N° 79/07. *Caso 12.513. Fondo. Prince Pinder vs. Bahamas,* 15 de octubre de 2007.
4. \_\_\_\_\_. Informe 28/1998. *Caso 11625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala,* 6 de marzo de 1998.
5. \_\_\_\_\_.Informe 48/1996. *Caso 11553. Admisibilidad. Emérita Montoya González vs. Costa Rica,* 14 de marzo de 1997.
6. \_\_\_\_\_. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991,* 22 febrero 1991.
7. \_\_\_\_\_.Informe N° 74/90. *Caso 9850 vs. Argentina,* 23 de marzo de 1988.
8. \_\_\_\_\_.*Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile,* 25 octubre 1974.
9. \_\_\_\_\_. *Segundo informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba,* 7 mayo 1970.



10. \_\_\_\_\_. *Informe de la Comisión Interamericana sobre la condición de la mujer en las Américas*, 13 octubre 1998.

### Otros documentos

1. CONSEJO DE EUROPA. *Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Explanatory Report* Consulta: 20 de junio de 2010. <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>>
2. SECOND SPECIAL INTER-AMERICAN CONFERENCE. *The American Journal of International Law* , Volumen 60, N° 2. abril de 1966, pp. 445-461.
3. ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA. Resolución N° 447 adoptada en el noveno período ordinario de sesiones. La Paz, octubre de 1979.
4. CANÇADO TRINDADE, Augusto Antonio. *El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Presentación ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos*. 16 de octubre de 2002, p.10. Consulta: 11 de julio de 2010. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr4.pdf>>
5. CANÇADO TRINDADE, Augusto Antonio. *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 6 de marzo de 2000.
6. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 25. La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto*. 12 de julio de 1996.
7. AGO, Roberto. "Second report on State responsibility. Special Rapporteur—The origin of international responsibility". En NACIONES UNIDAS. *Yearbook of the International Law*. Volumen II, 1970, Naciones Unidas, pp. 177-198.
8. INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1o. de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales 56o. periodo de sesiones. Suplemento No. 10 (A/56/10).