

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE GRADUADOS**



**LA GESTACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL  
INTERAMERICANO EN EL PERÚ**

**Tesis que presenta para optar el grado académico de Doctor  
en Derecho el graduando**

**Miguel David Lovatón Palacios**

**Asesor de tesis:**

**César Landa Arroyo**

**Lima, Mayo 2016**

## ESQUEMA

GLOSARIO	p. 6
INTRODUCCIÓN	p. 7
CAPÍTULO 1	
RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	p. 10
1.1. ¿Qué entendemos por Estado constitucional?	p. 11
1.2. Antecedentes constitucionales	p. 17
1.2.1 La Constitución de 1979	p. 19
1.2.2 La actual Constitución de 1993	p. 23
1.3 Incorporación constitucional de los derechos consagrados en el <i>corpus iuris</i> interamericano. Cláusula abierta del artículo 3° y criterio de interpretación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria	p. 26
1.4 Deber del Estado constitucional de garantizar los derechos humanos. Artículo 44°, primer párrafo	p. 33
1.5 Incorporación no jerárquica de los tratados de derechos humanos al derecho nacional. Artículos 55°, 56.1°, 118.1° y 200.4°	p. 35
1.6 Consagración del deber del Estado constitucional de promover la integración latinoamericana. Artículo 44°, segundo párrafo	p. 44
1.7 Reconocimiento de la jurisdicción internacional subsidiaria. Artículo 205°	p. 46
1.8 ¿Cuál es el nivel de apertura interamericana del Estado nacional consagrado en la Constitución?	p. 51

## CAPÍTULO 2

### LOS DERECHOS HUMANOS COMO EJE ARTICULADOR DE LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

p. 63

- 2.1 Enfoque del constitucionalismo multinivel para la articulación contemporánea del derecho nacional e internacional p. 64
- 2.2 Proceso de internacionalización de los derechos en el Estado constitucional p. 69
- 2.3 Los derechos humanos como eje articulador de la “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú p. 75
  - 2.3.1 El individuo como sujeto en los procesos ante la Corte interamericana, desde la perspectiva de Antonio Cançado Trindade p. 78
  - 2.3.2 Desarrollo alcanzado por el control de convencionalidad sobre normas y decisiones nacionales p. 85
    - 2.3.2.1 Apreciaciones críticas al control de convencionalidad p. 105
    - 2.3.2.2 Distorsión del control de convencionalidad por parte del anterior Tribunal constitucional peruano p. 124
- 2.4 Incorporación de estándares interamericanos en las normas y decisiones del Estado peruano p. 127
  - 2.4.1 Debate constituyente sobre la ampliación de la pena de muerte en el Perú y la Opinión consultiva OC-14/94 de la Corte interamericana p. 127
  - 2.4.2 Debate legislativo sobre el proyecto de ley de negacionismo p. 133

2.4.3 Acuerdo de solución amistosa de magistrados no ratificados y modificación de estándares de debido proceso en procesos de ratificación de magistrados por parte del CNM p. 138

2.4.4 Impacto en la jurisprudencia constitucional sobre la justicia militar p. 143

### CAPÍTULO 3

FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL p. 151

3.1 Articulación entre sistema interamericano y tribunales nacionales en contexto global de pluralismo p. 152

3.1.1 Relevancia de los Estados nacionales en contexto global de pluralismo p. 154

3.1.2 Pluralismo como superación del monismo y dualismo en derecho internacional p. 157

3.1.3 Articulación dialógica en vez de diálogo judicial p. 159

3.1.4 Subsidiariedad y proporcionalidad en vez de margen de apreciación nacional p. 172

3.1.5 Control de convencionalidad como expresión de esta articulación p. 186

3.2 Precariedad del sistema interamericano p. 186

3.2.1 Insuficiente universalización del sistema interamericano p. 187

3.2.2 Insuficiente cumplimiento por parte de Estados de decisiones Interamericanas p. 193

3.2.3 Demagogia presupuestal interamericana p. 197

3.2.4 Vínculo entre precariedad judicial y subsidiariedad interamericana p. 202

3.3 Algunas lecciones del proceso de reforma de la Comisión interamericana (2011-2013)	p. 203
CONCLUSIONES	p. 209
BIBLIOGRAFÍA	p. 216



## GLOSARIO<sup>1</sup>

1. Comisión interamericana de derechos humanos: “la CIDH”, “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”.
2. Corte interamericana de derechos humanos: “la CorteIDH” “la Corte” o “la Corte Interamericana”.
3. Organización de Estados Americanos: “la OEA” o “la Organización”.
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “la Declaración”.
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos: “la Convención Americana”, “Pacto de San José de Costa Rica” o “la CADH”<sup>2</sup>
6. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Protocolo de San Salvador”
7. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: “Convención de Belém do Pará”
8. Sistema interamericano de derechos humanos: “SIDH”<sup>3</sup>

Otras abreviaturas:

9. Mercado común del sur: “Mercosur”
10. Comunidad Andina de Naciones: “CAN”
11. Comunidad del Caribe: “Caricom”
12. Sistema de integración centroamericana: “SICA”
13. Unión de Naciones Suramericanas: “Unasur”
14. Alternativa Bolivariana para los Pueblos de nuestra América: “ALBA”
15. Comunidad de Estados latinoamericanos y Caribeños: “CELAC”
16. Corte Penal Internacional: “CPI”
17. Organización Internacional del Trabajo: “OIT”
18. Convenio Europeo de Derecho Humanos: “CEDH”
19. Tribunal Europeo de Derecho Humanos: “TEDH”

---

<sup>1</sup> Comisión interamericana de derechos humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a 30 de Junio de 2010), Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010.

<sup>2</sup> Precisamos que este término no se encuentra en la fuente bibliográfica anteriormente citada, pero es de uso muy frecuente entre los operadores, académicos y expertos del sistema interamericano.

<sup>3</sup> Precisamos que este término tampoco se encuentra en la fuente bibliográfica anteriormente citada, pero es de uso muy frecuente entre los operadores, académicos y expertos del sistema interamericano.

## INTRODUCCIÓN

Tanto para defensores como para detractores, el sistema interamericano de derechos humanos ha jugado un rol muy importante en el Perú de las últimas dos décadas. La respuesta del Estado peruano al terrorismo, el régimen autoritario de los noventa, el papel de las Fuerzas Armadas o los conflictos sociales y los derechos de los pueblos indígenas, han sido algunos de los temas centrales para la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, que fueron o son evaluados a partir de los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte interamericanas. Esta relación no ha estado a salvo de tensiones, pero el balance de dos décadas arroja que esta incidencia interamericana en la escena nacional, ha contribuido a fortalecer el Estado constitucional y a mejorar la tutela de los derechos fundamentales.

A la vez, este protagonismo del sistema interamericano en el ámbito nacional no sólo en el Perú sino en otros países de América Latina, ha legitimado y fortalecido al sistema interamericano mismo. Si bien este proceso no es lineal sino un zigzag de avances y retrocesos, nuevamente podemos decir que el balance de más de dos décadas arroja una justicia interamericana más extendida y enraizada en el continente, pese a sus precariedades y limitaciones actuales.

Por ello es que en el plan de la presente investigación que propusimos en el semestre 2013-1, se planteó “... *demostrar que venimos asistiendo a un proceso dinámico, pero - a la vez- aún precario, de internacionalización o, más específicamente, de “interamericanización” o “convencionalización” del Estado constitucional en el Perú. En virtud de este proceso, las decisiones jurisdiccionales, las políticas públicas, las leyes, las decisiones de los órganos constitucionales autónomos y la conducta de los privados, suelen adecuarse, cada vez más, no sólo al bloque de constitucionalidad... sino también -y en forma creciente- al corpus iuris interamericano... Este contexto institucional interamericano -distinto al contexto supranacional comunitario europeo aunque con algunos rasgos en común-, en el que cada vez más se mueve el Estado constitucional en el Perú, no sólo puede contribuir a consolidar éste último... sino que - a la vez- también puede contribuir a fortalecer al propio sistema interamericano... y de esta manera, estaríamos asistiendo a la gestación -no exenta de tropiezos y retrocesos- de un Estado constitucional interamericano.” (Plan de tesis)*

Luego de tres años de investigar y consultar diversas fuentes bibliográficas, consideramos que hemos validado y precisado la hipótesis con la que iniciamos la presente investigación, que *“Está en curso un proceso dinámico, pero precario a la vez, de “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú, que –en perspectiva- puede contribuir a consolidarlo como Estado constitucional y, a la vez, consolidar al propio sistema interamericano también.”* (Plan de tesis) Ello nos permite afirmar ahora –y esta es la precisión semántica a la hipótesis inicial- que asistimos a la *gestación de un Estado constitucional interamericano* en el Perú.

Este proceso de gestación se da además en el marco de un notorio y prometedor acercamiento académico y jurisprudencial entre, por un lado, el derecho constitucional y, por otro lado, el derecho internacional de derechos humanos en general y el derecho interamericano de derechos humanos en especial. Este acercamiento es reciente en nuestro continente, pues las reflexiones y publicaciones sobre el particular se han producido en la última década.

De ahí la expresión acuñada por una publicación fruto de un encuentro académico en Buenos Aires del año 2012, que habla de la internacionalización del derecho constitucional y, a su vez, de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, para referirse a este proceso no sólo de acercamiento sino también de mutua influencia. Sólo faltaría precisar que, en el caso de América Latina, asistimos a la interamericanización del derecho constitucional y, por tal razón, consideramos que la expresión Estado constitucional interamericano condensa muy bien este proceso de mutua influencia entre dos ámbitos del derecho: el constitucional y el interamericano.

De esta manera, el hilo conductor de la presente investigación ha sido el siguiente. En el primer capítulo desarrollamos cómo la Constitución peruana vigente da sustento constitucional a esta apertura interamericana del Estado nacional, en tanto que en el segundo capítulo desarrollamos cómo este proceso de “interamericanización” del Estado constitucional tiene como eje articulador los derechos humanos, fortaleciendo su tutela multinivel. En el tercer capítulo desarrollamos cómo este proceso de “interamericanización” del Estado peruano, a la vez, también puede contribuir a fortalecer al sistema interamericano de derechos humanos.



En otras palabras, si en los dos primeros capítulos desarrollamos cómo este proceso de “interamericanización” ha impactado en el Estado peruano en particular, en el tercer capítulo desarrollamos cómo ese mismo proceso impacta en el sistema interamericano en general. Cabe precisar, una vez más, que este proceso no es lineal sino que se ha dado -y se da- en condiciones de precariedad institucional y volatilidad política, en una combinación compleja de avances y retrocesos, de consensos y desencuentros.

Por cierto, la presente investigación deja para futuros esfuerzos académicos algunas interrogantes que merecen ser respondidas o corroboradas: ¿puede hablarse de la gestación de un Estado constitucional interamericano no sólo en el Perú sino en el resto de América Latina?, ¿existe alguna relación entre las diferentes tradiciones jurídicas del *common law* y del *civil law* y la resistencia a ratificar los instrumentos interamericanos por parte de algunos Estados anglófonos que son parte de la OEA? o ¿en qué otros temas y con qué profundidad el sistema interamericano ha calado en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano, como pueblos indígenas, derechos sexuales y reproductivos o derechos de personas con orientación sexual diversa?

Finalmente, quiero reconocer y agradecer el apoyo brindado por nuestra universidad y nuestro departamento académico de derecho, para culminar el doctorado en derecho, cumplir los requisitos para poder optar por el grado académico respectivo y haber otorgado las facilidades indispensables para poder dedicarle tiempo y esfuerzo a la presente investigación. También agradezco a mi asesor en este emprendimiento académico, el profesor César Landa, por permitir el acceso a valiosas fuentes bibliográficas y dialogar durante todo el periodo de la presente investigación; asimismo agradecer a los profesores y profesoras que comentaron los avances preliminares de la misma.

También quiero agradecer al Instituto de Defensa Legal (IDL) que hace 15 años me permitió el contacto profesional con el sistema interamericano, así como a la Fundación para el debido proceso (DPLF, por sus siglas en inglés) por permitirme seguir en contacto con el mismo en la actualidad. Por último –pero no por ello menos importante– agradezco la comprensión, paciencia, compañía y afecto de Rochi, Mafe y Mara, sin las cuales, nada tendría sentido en la vida.

## Capítulo 1

### Recepción constitucional de la interamericanización del Estado nacional en el Perú

“¿Cómo es posible que allá en Washington o en Costa Rica nos hagan caso si acá en Perú ni siquiera nos han querido escuchar?”, me dijo un día, en el límite de sus fuerzas y con legítima incredulidad, Rosa Rojas, vendedora ambulante de helados, madre del pequeño Javier Ríos y esposa de Manuel, ambos asesinados en la matanza de Barrios Altos, ocurrida en noviembre de 1991. La saga del caso Barrios Altos se inició en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos hacía ya tiempo. No sólo Rosa estaba angustiada, yo también. Ese día ni ella ni yo podíamos prever que cinco años después la sentencia de la Corte Interamericana declarararía nulas las peores leyes de amnistía que se habían dictado en el hemisferio y que tendrían repercusiones importantísimas, más allá de las fronteras del Perú”.  
— Villarán (2007: 127)

El propósito de este primer capítulo es analizar la recepción en la Constitución vigente de 1993 de la internacionalización del Estado constitucional y, más específicamente, de su interamericanización. Ello con el propósito de demostrar que el Estado constitucional interamericano en gestación, no sólo se sustenta en los compromisos internacionales asumidos por el Perú, sino también en la voluntad del poder constituyente de insertar al Estado constitucional en una arquitectura internacional que mejore el contenido y la protección de los derechos fundamentales, más allá de las fronteras nacionales, configurando lo que contemporáneamente se conoce como un “Estado abierto” (Bogdandy y Serna. 2014: 57).

Para tal efecto, en primer lugar desarrollaremos brevemente qué entendemos por Estado constitucional, a la luz tanto de la corriente de pensamiento del constitucionalismo garantista representada por Luigi Ferrajoli, así como de la corriente de pensamiento del postpositivismo representada por Manuel Atienza. Somos plenamente conscientes de la polémica contemporánea entre ambas escuelas de pensamiento constitucional, pero como ello no es el foco de la presente investigación, consideramos que bastará echar mano de algunas de las herramientas teórico-jurídicas que ambas nos ofrecen para poder delinear los rasgos principales del paradigma del Estado constitucional.

En segundo lugar, recorreremos brevemente los antecedentes constitucionales de las Constituciones de 1979 y 1993 (ésta última vigente). Para ello, analizaremos los Diarios de Debates de la Comisión principal de la Asamblea Constituyente de 1978 y el Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993. Es indispensable tomar en cuenta el Diario de Debates de la Comisión principal de la Asamblea Constituyente de 1978 por dos razones: primero, porque fue ahí donde se dieron los más intensos y ricos debates y, segundo, porque en gran medida la Carta de 1993 se inspiró y repitió muchos artículos de la Carta de 1979, aunque, en ocasiones, en clave e intención restrictivas.

En tercer lugar, desarrollaremos el contenido constitucional de algunos artículos de la Constitución de 1993, con la finalidad de dejar sentado el sustento constitucional de este proceso en gestación de interamericanización del Estado constitucional en el Perú. Finalmente, el presente capítulo culmina con una doble reflexión sobre el nivel de apertura internacional de nuestro Estado constitucional, a partir, por un lado, de un enfoque desarrollado por Luigi Ferrajoli en su obra *Principia iuris* (2011a) y, por otro lado, de la tesis del *Ius Constitutionale Commune* desarrollada por Armin von Bogdandy (2015) y otros autores.

Si bien en América Latina no hemos asistido a procesos de integración regional similares al de la Unión Europea, este particular proceso en gestación de interamericanización del Estado constitucional, nos ha insertado en una atmósfera institucional común en derechos, esto es, un corpus de derechos y una estructura de garantías mínimas, en virtud de las cuales la mayor parte de los Estados de las Américas –no todos ni con la misma intensidad, lamentablemente–, cada vez más compartimos un mismo estándar derechos fundamentales a favor de nuestros ciudadanos y ciudadanas, así como también mecanismos comunes para protegerlos (Comisión y Corte).

### **1.1. ¿Qué entendemos por Estado constitucional?**

La profesora Rocío Villanueva sostiene al inicio de su trabajo “Postpositivismo y objetivismo moral en sentido mínimo” que “[e]n varios países de América Latina se advierten interesantes cambios en los ordenamientos jurídicos que permiten afirmar que están transitando del estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho [...] Estos cambios no tienen que ver necesariamente con la aprobación de una nueva

Constitución, como en el caso peruano, sino con la forma de entender y de ‘practicar’ la Constitución” (2013: 33).<sup>4</sup> (Subrayado nuestro)

En el caso del objeto de análisis de la presente investigación, consideramos que una pieza clave –aunque no la única, por cierto- en este tránsito ya señalado es la “práctica” interamericana, esto es, no sólo haber ratificado formalmente los instrumentos interamericanos sino además -en palabras de Josep Aguiló (2011: 67)- “vivir” un ordenamiento jurídico determinado. De esta manera, no puede entenderse el desarrollo de los derechos y la internacionalización de su protección en los últimos 50 años en el continente americano, sin la actuación de la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos (CIDH y CoIDH, respectivamente), a las que el Perú se sometió voluntaria y soberanamente.

No sólo ha sido la aprobación de un abanico de instrumentos interamericanos, sino también –y quizás sobre todo- el desarrollo de la jurisprudencia de la CoIDH y de los informes de la CIDH, esto es, una práctica interamericana<sup>5</sup> lo que ha impulsado una nueva forma de entender y poner en práctica los derechos ya consagrados en tales instrumentos y en las Constituciones nacionales.

En cuanto al paradigma contemporáneo del Estado constitucional<sup>6</sup>, existen diversas escuelas o corrientes en el derecho constitucional contemporáneo que intentan explicar en qué consiste. De la mano de autores como Luigi Ferrajoli, distinguimos algunos de los rasgos característicos del Estado constitucional, como su carácter sustancial (derechos fundamentales) y no sólo formal, la obligación jurídica de garantizar judicial y efectivamente tales derechos (por ello, Ferrajoli reclama del constitucionalismo su carácter “garantista”) y la configuración de Constituciones rígidas, entre otros rasgos.

---

<sup>4</sup> Subrayado nuestro.

<sup>5</sup> Práctica interamericana ejercida no sólo por la Comisión y la Corte, sino también por los tribunales nacionales, funcionarios públicos y abogados.

<sup>6</sup> En el presente trabajo, preferimos utilizar esta expresión por su simpleza y porque consideramos que está más difundida en la actualidad.

Sin embargo, como bien afirma Manuel Atienza, en algún momento del análisis de la naturaleza y los alcances del Estado constitucional, en especial en relación a los derechos fundamentales, no hay más remedio que abandonar la teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli: “[p]ara la construcción de una teoría adecuada para los derechos del Estado constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de Ferrajoli, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque Ferrajoli se queda a mitad de camino” (2011: 1).

En tanto Ferrajoli postula un “constitucionalismo positivista” en el sentido que considera que el Estado constitucional es el perfeccionamiento del positivismo porque no sólo el “*ser*” ha sido positivizado sino también el “*deber ser*” (los derechos)<sup>7</sup>, en cambio la escuela de Alicante que representa Manuel Atienza sostiene que el positivismo ya ha sido superado por el “constitucionalismo post positivista”, que postula, entre otras cosas, que sí hay un vínculo entre derecho y moral<sup>8</sup>, en el sentido que existe un contenido moral o ético mínimo que caracteriza al Estado constitucional, sin el cual, no estaríamos frente a un Estado constitucional propiamente dicho.

Consideramos que esta escuela del constitucionalismo post positivista caracteriza mejor a lo que en esta tesis denominamos la gestación del Estado constitucional interamericano, pues sin duda el sistema interamericano fue creado, luego del horror de las dos guerras mundiales, a partir de la convicción que había que dotar de un contenido común de derechos a los Estados del continente americano y el Caribe y, a la vez, prever mecanismos internacionales de protección de los mismos.

Ello se desprende indubitablemente de los considerandos de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre del año 1948 y a la que están sometidos todos y cada uno de los 35 Estados de la Organización de Estados Americanos (la OEA), hayan ratificado o no la Convención americana o los otros protocolos adicionales:

---

<sup>7</sup> “[F]rente a quienes han pensado que el constitucionalismo jurídico habría supuesto una superación del positivismo, él ha enfatizado mucho la idea de que representa su expansión o culminación, pues [...] se ha hecho positivo no sólo el “*ser*” del Derecho (la legislación), sino también su “*deber ser*” (la constitución sustantiva)” (Aguiló 2011: 57).

<sup>8</sup> “Lo que yo he defendido es que los derechos tienen una dimensión normativa [...] pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprensible” (Atienza 2011: 76).

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución [...] Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas [Tercer y Cuarto considerandos]<sup>9</sup>.

Desde esta perspectiva, un Estado como el de Venezuela de hoy, en el que libertades fundamentales son vulneradas (independencia judicial, libertad de expresión, libertad personal, entre otras), no podría ser considerado un Estado constitucional. Fue el razonamiento que siguió el sistema interamericano ante el Estado del Perú durante la década de los noventas: una apariencia de independencia judicial, de libertad de expresión y separación de poderes –pero vaciado de contenido-, no puede ser considerado un Estado constitucional propiamente dicho, desde la “conciencia” interamericana de derechos.

En esta línea de argumentación, complementariamente Josep Aguiló sostiene que puede considerarse como contramodelo al constitucionalismo positivista propuesto por Ferrajoli, el “constitucionalismo pleno” formulado por Carlos Nino, que postula que el Estado constitucional debe observar determinado contenido (de derechos) y que ese fue el sentido o espíritu de la revolución francesa<sup>10</sup>, génesis del Estado moderno.

En el caso de las Américas y el Caribe y permitiéndonos un paralelo, puede afirmarse que los Estados constitucionales de nuestro hemisferio son tributarios también –en gran medida- de la Declaración americana de derechos y deberes del hombre, que en su parte inicial reconoció que las constituciones nacionales tienen como fin principal la

---

<sup>9</sup> Subrayado nuestro.

<sup>10</sup> “Nino introduce la noción de ‘constitucionalismo pleno’ y escribe: ‘En este sentido (el constitucionalismo) requiere no sólo la existencia de normas que organicen el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente que se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública’. Este es el sentido expresado por el art. 16° de la Declaración francesa de los derechos cuando dice que ‘una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene una Constitución’” Aguiló (2011: 58).

protección de los derechos del hombre: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad” (Primer considerando)<sup>11</sup>.

Desde otro enfoque teórico pero que para efectos de la presente investigación consideramos complementario al anterior, Peter Häberle sostiene que todos los logros alcanzados por el paradigma del Estado constitucional, son “una conquista cultural de la civilización occidental [...] [que] plantea hacia el futuro la pretensión de que el nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda, sino que se conserve y que incluso se acreciente” (2003: 2).

Desde esta perspectiva de intenso vínculo entre derecho y cultura, Häberle sostiene que con el Estado constitucional: “De ninguna manera se hace referencia exclusiva al ‘esqueleto de las normas’, sino que hay que incluir a la cultura y al ambiente políticos, las opiniones y prácticas, que no son jurídicas en sentido estricto, en la ‘sociedad’ constitucional [...] Frente a este trasfondo debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural” (2003: 4 y 5).

Cabe precisar que, en nuestra opinión, en América Latina esta tesis häberliana de vinculación entre Constitución y cultura<sup>12</sup>, resulta difícil predicar en un continente multicultural como el nuestro y en el que la distancia entre derecho y realidad ha sido y es inmensa. Sin embargo, recogemos el aporte esencial de Häberle en postular y demostrar cómo los procesos constitucionales se dan en contextos culturales, con los cuales establecen una relación de mutua influencia.

---

<sup>11</sup> Subrayado nuestro.

<sup>12</sup> “para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico [...] sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural” (Häberle 2003: 5).

En tal sentido, esta gestación de lo que en la presente investigación denominamos “Estado constitucional interamericano”, si bien se produce en el marco de un contexto intercultural, cada vez más, sectores relevantes de las sociedades y Estados de nuestro continente, consideran al sistema interamericano –pese a sus limitaciones y reverses– como una herramienta eficaz en la defensa de los derechos fundamentales.

En síntesis, el Estado constitucional constituye así la superación jurídica y cultural del Estado legal de Derecho o Estado de Derecho, no sólo porque cuenta con una Constitución normativa y “rígida” que ha consagrado positivamente derechos fundamentales con efectiva protección judicial –tanto a nivel nacional como internacional<sup>13</sup>–, sino además porque al interior de ese abanico de derechos hay una parte importante de los mismos que hacen reconocible al Estado constitucional en el concierto del sistema interamericano, sin la cual, no sería –o no debería ser– considerado como tal<sup>14</sup>.

Ese conjunto de derechos es, además, de muy difícil derogación, pues ahora no sólo están consagrados a nivel constitucional sino también a nivel interamericano. Sin duda,

---

<sup>13</sup> Sobre el particular, ya a fines del siglo XX Manuel Aragón afirmaba que “[e]n el lado positivo de esta generalizada (por asentada) acepción del sentido genuino de Constitución, como norma jurídica fundamental que garantiza los derechos de los ciudadanos y organiza al Estado de tal forma que asegura también [...] la democracia, pueden contarse la convicción (y formalización jurídica e incluso judicial) internacional de que hay un núcleo constitucional innegociable, como son los derechos humanos, así como la extensión vigorosa [...] de una especie de derecho constitucional común o transnacional que presta solidez [...] a la forma democrática del Estado como un género al que muchos países pertenecen [...] La común aceptación de conceptos, la intercambiabilidad de argumentaciones jurídicas (válidas, de la misma manera, en unos y otros Estados, en unas y otras culturas e incluso en unas y otras “jurisdicciones” nacionales) está, en el fondo, dotando de mayor universalidad al derecho público internacional” (Aragón Reyes 1998: 31).

<sup>14</sup> Al respecto, si bien los autores consultados para el presente trabajo y que puede predicarse de ellos que se inscriben dentro de la corriente del constitucionalismo post positivista (Atienza, Aguiló), hablan de una conciencia moral “mínima” o de un contenido “mínimo” de derechos, nosotros hemos preferido evitar hablar de un contenido “mínimo” de derechos interamericanos y nos hemos limitado a señalar que al Estado constitucional lo caracteriza un “conjunto” de derechos interamericanos de difícil derogación. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de señalar que el artículo 27° de la Convención Americana de Derechos Humanos (la CADH) hace un primer intento de enumerar un “conjunto” o, si se quiere, un “conjunto mínimo” de derechos fundamentales que, en estados de excepción, no deberían ser objeto de suspensión. Al respecto, consideramos que tal vez si sea apropiado hablar de “mínimos” sólo frente a supuestos de estados de excepción en los que, precisamente, constitucional y convencionalmente es legítimo dejar en suspenso varios derechos.



todos estos logros alcanzados constituyen en el continente americano una conquista cultural que hay que intentar, no sólo conservar, sino además hacer avanzar.

De ahí que postulemos en la presente investigación que estamos asistiendo en el Perú y de pronto en otros países de América Latina, a la gestación –aunque precaria- de un Estado constitucional interamericano.

## **1.2. Antecedentes constitucionales**

Si bien el Estado nacional del Perú se insertó –desde sus inicios- en el concierto mundial regulado por el derecho internacional, es obvio que este proceso de internacionalización e interamericanización de lo que hoy denominamos Estado constitucional, es mucho más reciente y sus antecedentes constitucionales –en el caso del Perú- pueden encontrarse claramente en los Diarios de Debates de las dos últimas Constituciones: la Carta de 1979 y la vigente de 1993.

En el caso de la Carta de 1979, elaborada y aprobada por la Asamblea Constituyente de 1978 que fue convocada por la dictadura militar de entonces como parte de la transición a la democracia o de -como se solía decir en esos años- la devolución del poder a los civiles. En materia de derechos fundamentales, esta Constitución constituyó una expresión –aunque algo tardía- de la tendencia internacional de reconocimiento, expansión y protección de derechos luego del horror de la Segunda Guerra Mundial, plasmada no sólo en los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, sino también en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948 y, dos décadas después, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la CADH), aprobada el 22 de Noviembre de 1969 y vigente desde el 18 de Julio de 1978.

Al respecto, en el caso de la creación de Naciones Unidas y del sistema universal de derechos humanos, Luigi Ferrajoli sostiene que:

[L]as duras lecciones de las tragedias consumadas entonces –los totalitarismos y las guerras, Auschwitz e Hiroshima- las que provocaron [...] una refundación del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales [...] La segunda conquista jurídica del siglo XX, que, por desgracia, se ha quedado en gran parte en el papel, fue el cambio de paradigma registrado en las relaciones internacionales. Con la

institución de la ONU, el derecho internacional pasó de ser un sistema de relaciones entre Estados soberanos basado únicamente en las relaciones de fuerza [...] a ser un ordenamiento jurídico supraestatal que reúne a casi todos los Estados -191- y que se funda en la prohibición de la guerra y en los derechos fundamentales de todos los seres humanos [...] que transforma tales derechos en límites y vínculos ya no sólo constitucionales sino supraestatales, externos además de internos, a la potestad de los Estados” (2011b: 477-479).

En el caso del continente americano, la Declaración Americana fue pionera en este cambio de rumbo en las relaciones internacionales pues inclusive se adoptó en Bogotá meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Esta nueva tendencia mundial quedó plasmada en el tercer considerando de la Declaración Americana: “[q]ue la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

La Declaración Americana llegó a reconocer algunos derechos sociales (salud, educación, cultura, trabajo, justa remuneración, descanso y seguridad social), siendo tributaria así –en parte- del aporte mundial del constitucionalismo latinoamericano en el reconocimiento de derechos sociales desde la Constitución mexicana de 1917.

Si bien posteriormente la Convención Americana retrocede y no consagra derechos sociales concretos, su artículo 26° deja abierta la puerta para que –con posterioridad- el sistema interamericano reconozca derechos sociales<sup>15</sup>, lo que sucedió recién el 17 de Noviembre de 1988 cuando se adopta el Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigencia el 16 de Noviembre de 1999.

En cambio, la Carta de 1993 pretendió reflejar –aunque sin conseguirlo del todo- un liberalismo económico de gran popularidad internacional a fines de los ochentas, a partir de la caída del Muro de Berlín, la perestroika impulsada por el ex presidente ruso Gorbachov, la posterior desintegración de la ex URSS (Unión de Repúblicas Socialistas

---

<sup>15</sup> “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (artículo 26° de la CADH).

Soviéticas), entre otros acontecimientos históricos y que Francis Fukuyama bautizó en un recordado libro, que años después matizó sustancialmente, como “el fin de la historia” (Fukuyama, Francis. 1993).

Desde la perspectiva de este neoliberalismo económico, el atraso de las naciones se debía –en gran parte- a aparatos estatales obesos e ineficientes y a excesivas trabas para el libre funcionamiento del mercado. En consecuencia, había que reducir el Estado y eliminar las trabas burocráticas, entre las cuales se consideraban también, entre otras, los derechos de los trabajadores o la seguridad social pública. Por ello, la mayoría parlamentaria que elaboró la Constitución de 1993 no sólo se limitó a copiar algunos artículos de la Carta de 1979, sino a recortarlos e incluso eliminar algunos que consagraban –en exceso, desde su perspectiva- algunos derechos sociales.

Sin embargo, este cometido quedó a mitad de camino, pues la impronta internacional anteriormente descrita de reconocimiento y tutela –cada vez mayor- de los derechos fundamentales, impidió que el recorte de derechos fuera mayor. Por el contrario, se mantuvo el artículo 1° que consagra que la persona y la dignidad humanas son el “fin supremo de la sociedad y del Estado”, la cláusula abierta del artículo 3° (que posteriormente desarrollaremos en este capítulo) y se ratificaron e incorporaron al derecho interno, de conformidad con el artículo 55° de la Carta de 1993, tratados de derechos humanos tan importantes como el Convenio OIT 169, vigente en nuestro país desde el 2 de febrero de 1995.

Luego de revisar ambos antecedentes constitucionales de 1979 y 1993, queda la sensación que los constituyentes de ambos momentos no fueron plenamente conscientes del desarrollo contemporáneo que alcanzaría el sistema interamericano, aunque quizá sí algunos pocos intuyeron que la internacionalización de los derechos fundamentales y de su protección, era un derrotero que fortalecería al Estado constitucional y a la democracia en su conjunto.

### **1.2.1. La Constitución de 1979.**

La Asamblea Constituyente de 1978 tuvo como propósito aprobar una nueva Constitución política, como parte del retorno a la democracia. Para ello, los constituyentes se organizaron en varias comisiones temáticas y se conformó una

“*Comisión principal de Constitución*” que estuvo integrada –en forma proporcional- por 25 asambleístas de todos los partidos políticos representados en dicha Asamblea.

En el Diario de debates de dicha Comisión principal ya pueden hallarse algunos rasgos embrionarios de la *interamericanización* del Estado constitucional en el Perú. Al respecto, Pablo Luis Manili sostiene que “[l]a constitución peruana fue la primera de Latinoamérica en referirse al derecho internacional de los derechos humanos, apenas un año después de la sanción de la española...” (Manili 2012: 477).

Obviamente los constituyentes de esa época no imaginaron la dimensión de este proceso de inserción internacional del Estado peruano de la mano de los derechos humanos. Pero desde una perspectiva dinámica del desarrollo constitucional, bien cabe invocar estos antecedentes para establecer no sólo que en la actualidad hay una sólida recepción constitucional de la gestación del Estado constitucional interamericano, sino además que contamos con una tradición constituyente que vislumbró el derrotero de la internacionalización del Estado peruano en materia de derechos humanos en general.

Así, el Preámbulo de la Carta de 1979 contaba con dos declaraciones que expresaban, por un lado, la voluntad integracionista del Perú en el concierto de América Latina y, por otro lado, uno de los elementos claves del nuevo orden mundial surgido luego de la Segunda Guerra Mundial: la necesidad de desterrar la violencia como medio para solucionar conflictos nacionales e internacionales:

“CONVENCIDOS de la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo;

CONSCIENTES de la fraternidad de todos los hombres y de la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar solución a conflictos internos e internacionales...”

No hemos encontrado registros de debates constituyentes en relación a la necesidad de desterrar la violencia como medio de solución de conflictos en el ámbito internacional, pero podemos suponer –razonablemente- que dicha declaración estuvo inspirada en la Declaración universal de los derechos humanos de Naciones Unidas y en la Declaración americana de los derechos del hombre de la OEA.

Por otro lado, esta voluntad integracionista y latinoamericanista claramente reflejada en la Carta de 1979, fue influencia directa del partido aprista que contó en dicha Asamblea con la primera mayoría de representantes. Por lo demás, es conocido que en el tradicional ideario aprista está la integración latinoamericana<sup>16</sup> y el propio nombre de dicho partido refleja ello<sup>17</sup>.

Así, en varios momentos del debate en la Comisión principal, algunas propuestas apristas tuvieron una gran carga ideológica, como las referidas a lo que finalmente sería el artículo 100° referido a la integración. La propuesta inicial del constituyente Andrés Townsend (APRA) fue la siguiente: “El Perú es parte del pueblo continente indoamericano y promoverá activamente la integración económica, política, social y cultural de los países de América Latina” Congreso de la República del Perú (s/f: 45).<sup>18</sup> Resulta evidente que la expresión pueblo o continente “indoamericano” es un clásico postulado aprista.

Al final, esta voluntad integracionista impulsada por el ideario aprista quedó plasmada en el Capítulo IV del Título referido al Estado, bajo el nombre de “De la integración”, sin referencia al pueblo o continente “indoamericano” pero haciendo mención a una deseada pero inexistente en ese momento “comunidad latinoamericana de naciones”, fruto más bien de la concesión que el APRA tuvo que hacer a los demás partidos políticos en aras de consagrar constitucionalmente la voluntad integracionista del Perú:<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> En el Discurso pronunciado por Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador y líder histórico del APRA y en ese momento Presidente de la Asamblea Constituyente, en la instalación de la misma el 28 de Julio de 1978, dijo: “Nos aguarda, pues, la tarea de promover aquella unidad continental latinoamericana que en el Perú fue motivo de proscripción genocida y que es hoy credo compartido de las mayorías en el continente. Y si en la Constitución de 1933 se colocó un artículo con el expreso propósito de excluir de sus derechos políticos a quienes profesaban el ideal de la integración continental, en la Carta Política que elabore esta Asamblea, habrá de aparecer el artículo que nos reconozca como parte integrante del Pueblo-Continente Indoamericano” (Congreso de la República del Perú 1989: 5) (Subrayado nuestro).

<sup>17</sup> APRA: Alianza popular revolucionaria americana.

<sup>18</sup> Subrayado nuestro.

<sup>19</sup> “El señor ORTIZ DE ZEVALLOS.- Únicamente para recordar mi intervención de la vez pasada en que el artículo quedó solamente así: ‘El Perú promoverá activamente la integración’ etcétera, suprimiendo: ‘Es parte del pueblo continente indoamericano’ [...] El señor DEL PRADO.- Mi opinión es que esa concepción, esa definición de ‘pueblo-continente’, responde a una concepción puramente del APRA y se sectariza el contenido mismo de la Constitución. Estoy de acuerdo que se propicie la integración, pero no

Artículo 100°.- El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

En el Discurso que Haya de la Torre dio en la instalación de la Asamblea Constituyente, el 28 de Julio de 1978, también hizo referencia al ideal de una “Comunidad latinoamericana de naciones” e incluso se aventuró a afirmar que la misma debería contar con órganos ejecutivo, legislativo, judicial y económico, imaginando así una suerte de Gobierno supra-nacional<sup>20</sup>, como en gran medida es hoy en día la Unión Europea.

Si bien dicho artículo constitucional no hacía mención a una integración “jurídica”, puede afirmarse que no se trataba de una lista cerrada sino abierta de los diversos niveles de la integración latinoamericana que el Perú explícitamente declaraba que promovería, inclusive en la perspectiva que se formara una gran comunidad latinoamericana de naciones. En otras palabras, si la Carta de 1979 se comprometió a promover la integración, resulta difícil pensar que el plano jurídico quedaba excluido.

Por otro lado, también podría entenderse que la integración “cultural” comprende la “cultura jurídica”, que paulatinamente ha ido interiorizando que los derechos fundamentales están consagrados tanto a nivel nacional como internacional y que, además, cuentan con mecanismos de tutela no sólo estatales sino interamericanos. En consecuencia, este antecedente constitucional que el Perú promovería la integración

---

definir de esa manera la integración. [...] El señor TOWNSEND.- [...] lo que sí creo que debe quedar son dos conceptos claros: uno, que el Perú acepta una misión integracionista, que le corresponde por vocación, por destino, por situación geográfica, hasta por defensa nacional [...] Además debe desembocar en esa forma todavía no existente de comunidad a la que aspiramos muchos de nosotros. Por eso propongo un artículo sustitutorio [...] El señor PRESIDENTE.- Se va a votar... Aprobado por unanimidad” (Congreso de la República del Perú (s/f: 45-46).

<sup>20</sup> “Nuestra intención será promover la creación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones, provista de sus órganos ejecutivo, legislativo, judicial y económico [...] Asistimos a una revalorización del integracionismo [...] La integración tiene para el Perú un especial significado” (Congreso de la República del Perú 1989: 18). Esa fue la expresión –“Comunidad latinoamericana de naciones”- que finalmente quedó plasmada en el artículo 100° de la Carta de 1979.

“cultural” latinoamericana también podría interpretarse -en clave contemporánea- como un antecedente de la internacionalización en torno a los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

Esta última afirmación es corroborada por el discurso pronunciado por Víctor Raúl Haya de la Torre, Presidente de la Asamblea constituyente, el día de la instalación de la misma, el 28 de Julio de 1978. En dicha ocasión, Haya de la Torre dijo:

La nueva Constitución peruana se habrá de dictar cuando América y el mundo viven un renacer de interés y preocupación por la vigencia plena de los derechos humanos. A la Declaración Universal [...] que fue incorporada como norma constitucional peruana por Resolución Legislativa del 9 de diciembre de 1959- se añaden ahora instrumentos internacionales destinados a garantizar su aplicación y exigibilidad, tales como la Convención Interamericana [sic] de Derechos Humanos y los Pactos de Derechos Humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, de las Naciones Unidas, todos ellos firmados y ratificados por el Perú. Este cuerpo doctrinal habrá de incorporarse a la nueva Constitución. (Congreso de la República del Perú 1989: 17)<sup>22</sup>

En este discurso ya aparecen dos elementos claves de este proceso de gestación de la *interamericanización* del Estado constitucional en el Perú: i) la necesidad de asegurar la “exigibilidad” internacional –no sólo nacional- de los derechos fundamentales y ii) que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se incorporen al derecho nacional. Estos dos rasgos fundamentales se mantendrán en nuestro ordenamiento constitucional en el tránsito hacia la Carta de 1993.

### **1.2.2. La actual Constitución de 1993**

En contraste con el Diario de debates de la Comisión principal de la Constitución de 1979, el Diario de debates de la Constitución de 1993 fue bastante modesto en el debate ideológico en torno a los derechos fundamentales, entre otras razones, porque no fue producto de una transición democrática como la Carta de 1979, sino fue uno de los instrumentos para legitimar al régimen de Fujimori ante la comunidad internacional y,

---

<sup>21</sup> Somos conscientes que “integración” e “internacionalización” son dos términos distintos, pero a la vez, el primero es una de las formas de concreción del segundo, en el sentido que dos o más ámbitos nacionales comienzan a compartir elementos comunes.

<sup>22</sup> Subrayado nuestro.

en tal sentido, es considerada –en muchos aspectos- un retroceso en relación a la Constitución de 1979<sup>23</sup>.

Pese a lo anterior, en cuanto a la internacionalización de los derechos fundamentales, mantuvo los rasgos esenciales a los que ya hemos hecho referencia: i) la persona y dignidad humanas como “fin suprema de la sociedad y el Estado” (artículo 1º Constitución 1993), ii) suma a la protección nacional la tutela internacional de los derechos e iii) incorpora al derecho nacional los derechos reconocidos en sede internacional.

Así, durante el debate constituyente en el CCD inclusive los representantes fujimoristas, que hicieron del discurso anti-derechos humanos una de sus fuentes de legitimidad política durante los noventas, se pronunciaron a favor de mantener al Perú dentro de la arquitectura internacional de tutela de derechos fundamentales y, concretamente, dentro de la Convención americana sobre humanos.

Así, el parlamentario de la agrupación política “Renovación” –en ese entonces, aliada del oficialismo- Enrique Chirinos Soto fue tajante en corroborar, por un lado, que la Convención americana ya formaba parte del derecho interno (“es ley de la República”) y, por otro lado, que hay derechos fundamentales que no se pueden suspender durante los Estados de excepción “diga lo que diga la Constitución”:

El señor CHIRINOS SOTO (R).- Todavía el texto de la Convención de San José es corto. Y si ya está en la Convención de San José, es ley de la República y no hace falta ponerlo en la Constitución [...] Lo que ocurre es que, a pesar de la fórmula constitucional, hay derechos de la persona que, per se, no pueden suspenderse, como el derecho a la vida, el derecho al honor o el derecho a la buena reputación [...] Diga lo que diga la Constitución, esos derechos no pueden suspenderse.” (Congreso de la República del Perú 2001c: 2579).

Por su parte, desde la orilla de la oposición democrática, también hubo señales muy claras por mantener al Perú dentro del andamiaje internacional e interamericano de reconocimiento y protección de derechos fundamentales:

---

<sup>23</sup> “Desde el punto de vista alemán la nueva Constitución de 1993 ha quedado claramente rezagada en el progreso hacia el Estado constitucional que dispuso la Constitución de 1979, lo que debería ser una tarea de la ciencia jurídica, recuperar el futuro perdido mediante una próxima reforma constitucional” Häberle (2007: 16).



La señora LOURDES FLORES NANO (PPC).- En este tema, desde luego, debemos ser absolutamente cautos para que quede muy claro que, aun admitiendo el Estado peruano una situación excepcional y un tratamiento sumamente drástico, como es éste de la modificación constitucional para admitir la pena de muerte, es voluntad del Estado peruano seguir siendo parte de los convenios internacionales que regulan los derechos humanos y es voluntad del Estado peruano admitir la jurisdicción internacional de los organismos que así los protegen y que, por tanto, invocando las razones que justificarían esta medida, se expone ante la comunidad internacional todos los alcances y las razones que nos llevan a ello, siendo la voluntad expresa del Estado peruano seguir perteneciendo a los organismos internacionales que así lo contemplan y ser signatario de dichos pactos. (Congreso de la República del Perú 2001d: 2776-2777)<sup>24</sup>

En conclusión, a pesar que la Carta de 1993 puede ser considerada –en cierta medida– hija del autoritarismo político que representó y representa el fujimorismo, siguió la línea constitucional ya trazada por la Asamblea Constituyente de 1978 de dotar a los derechos fundamentales de un mejor contenido y protección internacionales.

Este aspecto fue parte del consenso político partidario en el CCD<sup>25</sup>, al menos en el discurso público<sup>26</sup>, pues con posterioridad –en el año 1999– el régimen de Fujimori intentó abandonar –sin éxito– la competencia contenciosa de la Corte interamericana de derechos humanos.

---

<sup>24</sup> Subrayado nuestro.

<sup>25</sup> Al respecto, la versión preliminar aprobada por la Comisión de Constitución del CCD de lo que al final quedó como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta de 1993 (“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.”), explicitaba que tratados de derechos humanos como la Convención americana eran “de cumplimiento obligatorio”: “Segunda.— La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo de 16 de diciembre de 1966. Así como la Convención Americana de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 1969, son de cumplimiento obligatorio en tanto se encuentren en vigor [...] Al voto. Los señores congresistas que aprueben la segunda disposición general y transitoria se servirán manifestarlo levantando la mano. (Votación). Los que estén en contra. (Votación). Aprobada por unanimidad.”. Congreso de la República del Perú (2001d: 3124). Subrayado nuestro.

<sup>26</sup> Precisamos que tal consenso se plasmó en el discurso porque, objetivamente, el artículo 140° de la Carta de 1993 amplió los supuestos de aplicación de la pena de muerte, vulnerando así el artículo 4° de la Convención americana. Felizmente, en los hechos, nunca se llegó a aplicar.

### **1.3. Incorporación de los derechos consagrados en el *corpus iuris* interamericano. Artículo 1º, cláusula abierta del artículo 3º y criterio de interpretación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria**

“Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan 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.”

“Cuarta Disposición final y transitoria.- 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.”

A partir de este subcapítulo toca desarrollar y analizar el andamiaje institucional que consagró la Carta de 1993 y que –desde nuestro punto de vista-, permite afirmar que el proceso en gestación de interamericanización del Estado constitucional en el Perú tiene pleno sustento normativo y que, por ende, nuestro ordenamiento cobija la gestación de lo que hemos venido postulando en esta investigación: un Estado constitucional interamericano.

En primer lugar, todo este andamiaje constitucional que sustenta al Estado constitucional interamericano en el Perú, tiene como pilar central el artículo 1º de la Constitución que consagra que la persona y dignidad humanas son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Así, el respeto y defensa de los derechos fundamentales de la persona, son el fin supremo de la sociedad y Estado. A partir de ese pilar central, se derivan las demás disposiciones constitucionales de este andamiaje normativo que permite hablar en el Perú de la gestación de un Estado constitucional interamericano.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que el respeto y protección de la dignidad humana, es la identidad compartida por el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos:

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria... exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder.” (2006b: párr. 9)

Por su lado, todos los comentaristas de la Constitución de 1993 coinciden al afirmar que el artículo 1° de la misma es la base fundamental del que se derivan todos los demás derechos de la persona en nuestro ordenamiento constitucional.<sup>27</sup>

Por su parte, el artículo 3° y la 4ª Disposición Final y Transitoria (DFT) de la Constitución vigente deben interpretarse en forma conjunta y complementaria. Por un lado, el artículo 3° consagra lo que se conoce como cláusula abierta, esto es, una previsión constitucional que prevé el reconocimiento de derechos fundamentales no consagrados expresamente por la Carta política pero que pueden desprenderse, por un lado, de instrumentos internacionales y, por otro lado, del derecho-principio de la

---

<sup>27</sup> “... la fundamentación última de los derechos humanos debe encontrarse en esta inherente dignidad natural que pertenece a todos los seres humanos sin distinción alguna...” (Valle Riestra 2008: 343). “Es propio de la fórmula del Estado democrático y social de Derecho que la dignidad humana constituya el fundamento y límite del goce y ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 1, 31 y 44), en tanto manifestaciones concretas de los derechos y libertades previstas o no expresamente en la Constitución. Pero, también, la dignidad les otorga a los derechos fundamentales la fuerza vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares.” (Landa 2010: 12). “El Tribunal (Constitucional) ha sostenido que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el valor superior del Derecho. En consecuencia, toda interpretación jurídica de la naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agraviando a una persona, cuánto se está defendiendo o no su dignidad... Además, señala que la dignidad de la persona es el “presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales”. Esto quiere decir que la existencia de los derechos se fundamenta en la dignidad de la persona...” (Rubio 2005: 147)

dignidad humana. Inclusive, esta cláusula abierta prevé la incorporación de derechos que a futuro puedan surgir.

A estos derechos se les conoce como “derechos innominados”<sup>28</sup>, “derechos no enumerados”<sup>29</sup> o “derechos fundamentales implícitos”<sup>30</sup>, en el sentido que “la enumeración de los derechos fundamentales no tiene un carácter taxativo y con numerus clausus, sino es meramente referencial” (García 2008: 60) y sin duda “enriquecen el contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y constituyen una fuente adicional de significados constitucionales para la interpretación jurídica” (Rubio Correa 2005: 93).

Por su parte, el Tribunal Constitucional –tal como advierte Marcial Rubio- ha preferido recurrir más al término “derechos implícitos”, pero no queda claro si con ello también hace referencia –o no- a los “derecho innominados”:

El Tribunal Constitucional ha establecido que, en muchos derechos desarrollados en términos generales por la Constitución, se hallan implícitos otros que son especies de aquellos y que, por tanto, deben merecer reconocimiento constitucional. Según nuestro criterio, no hay una diferencia clara y tajante entre estos derechos implícitos y los derechos innominados [...] En cualquier caso, el Tribunal ha utilizado ambas expresiones y, en el futuro, explicará la diferencia o sintetizará ambos en uno [...] Aunque el Tribunal no lo haya dicho expresamente de manera expresa [...] los derechos implícitos también se fundan en la autorización de incorporación de derechos que establece el artículo 3 de la Carta” (Rubio Correa 2005: 93 y 101).

Nosotros preferimos utilizar el término “derechos innominados” porque “[c]omo su nombre lo indica, se trata de derechos que no tienen un nombre en la Carta Magna” (Ferreira 2001: 72), pero que el artículo 3º acoge con la cláusula abierta que consagra. Esta es una tendencia en el constitucionalismo latinoamericano, como refleja, por ejemplo, el artículo 94º de la Constitución colombiana vigente: “[l]a enunciación de los

---

<sup>28</sup> Rubio Correa (2005: 92), Mendoza (2009: 76), Ferreira (2011).

<sup>29</sup> Díaz (2009). El Tribunal Constitucional peruano utiliza este término en la STC N° 6546-2006-PA que reconoció el derecho al agua potable.

<sup>30</sup> García (2008). El Tribunal Constitucional peruano también utiliza este término en la STC N° 6546-2006-PA que reconoció el derecho al agua potable.

derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Ferreira 2001: 71).

Esta apertura constitucional al reconocimiento de los derechos más allá del texto de las Cartas políticas, tiene su origen en la Constitución de Filadelfia (USA) de 1877 “que en su texto original no contenía como otras de su especie un catálogo que enumerara los derechos de los ciudadanos [...] No obstante, este vacío jurídico, si así se lo puede llamar se corrigió posteriormente en 1791 con la aparición de la enmienda IX que señala: ‘la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el pueblo’ (Ferreira 2011: 75).

Esta idea que la Constitución haya consagrado una cláusula abierta que prevea la incorporación de futuros derechos o de derechos no reconocidos expresamente pero que se deriven de la dignidad del hombre o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), está inspirada –finalmente- en la corriente iusnaturalista racionalista del pensamiento jurídico, esto es, que los derechos del hombre no nacen con el reconocimiento estatal sino que son propios de la naturaleza y dignidad humanas. Ya no es un iusnaturalismo religioso que basaba los derechos en la condición del hombre como hijo de Dios, sino en la razón.

Al respecto, coincidimos con Claudio Nash cuando sostiene que:

Los iusnaturalistas tomaron las herramientas del pensamiento racionalista y vieron en la construcción de un derecho basado en la razón una respuesta general de validez que ya no requería de sustentos religiosos [...] Bajo la influencia del racionalismo, los iusracionalistas entienden que el derecho natural “reside en la naturaleza racional del hombre”. El contenido del Derecho radicaría en la pura razón del individuo, por lo que éste conservaría su validez aún sin la existencia de Dios (Nash 2010: 32).

En el mismo sentido Francisco Rubio Llorente sostiene que:

En la doctrina del iusnaturalismo racionalista [...] los “*rights and privileges*” que la ley natural concede al hombre se resumen, según la famosa fórmula de Locke, en el poder (moral) del individuo para preservar “*his life, liberty and estate against the injuries and attempts of other men*”. Estos derechos naturales para los que desde finales del siglo

XVIII se generaliza la denominación de derechos del hombre o derechos humanos, se adjetivan así porque pertenecen a todos los hombres por igual y a todos los hombres por igual obligan. (Rubio Llorente 2006: 209-2010)

Por su parte, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, un:

[H]ito relevante en la relación entre derecho internacional y derechos individuales es el pensamiento kantiano, desarrollado a fines de la Ilustración. La tesis de Kant sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado a los derechos humanos [...] Kant plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entre-guerras [...] “la paz perpetua”, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse” [...] Los planteamientos de Kant están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos. (Nash 2010: 44-45)

En virtud pues del artículo 3º, los derechos fundamentales reconocidos explícitamente por la Carta de 1993 no son una lista cerrada sino abierta, esto es, admite que nuevos derechos sean incorporados al ordenamiento constitucional. Eso es lo que ha venido haciendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los últimos quince años desde la recuperación de la democracia a fines del año 2000: vía interpretación constitucional reconocer derechos que no están contemplados en la literalidad de la Constitución pero que se desprenden claramente de la dignidad del hombre. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido mediante diversas sentencias el derecho a la verdad (2004a), el derecho al agua potable (2013, 2014a, entre otras), el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa (2009a, 2010a, 2010b y 2010c, entre otras), a las personas jurídicas también como titulares de derechos fundamentales (2002a y 2006), entre otros.

Pero no sólo desde la perspectiva del desarrollo del derecho constitucional, sino también desde el derecho internacional de los derechos humanos, la consagración de esta cláusula abierta por el artículo 3º de la Carta de 1993 responde a la naturaleza expansiva de los derechos fundamentales en el ámbito internacional y que se expresa, entre otros manifestaciones, en las diversas generaciones de derechos que los movimientos sociales

han ido impulsando a lo largo de la historia: de los derechos civiles a los derechos sociales y de los derechos sociales a los derechos de tercera generación en los que la protección del ambiente y de los recursos naturales como el agua ocupan un lugar central.<sup>31</sup>

Al respecto, Diego Valadés comenta en relación a la tesis de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales desarrollada por Peter Häberle, que:

Es evidente que existe una relación directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales, que no hace sino confirmar empíricamente la teoría habèrliana [...] ambos procesos (el normativo y el cultural) entran en sinergia y se estimulan recíprocamente. Lo contrario de alguna manera también puede ocurrir: en la medida en que se deteriora el entorno cultural (por regresiones autoritarias, ausencias de políticas culturales adecuadas, y deficiencias institucionales, por ejemplo) o las funciones normativas se ven entorpecidas (el Estado de derecho se ve condicionado por tensiones políticas no resueltas, diseños constitucionales insuficientes, crisis de naturaleza económica o social que afectan procesos institucionales, y corrupción, por ejemplo), se advierte un retroceso de los derechos fundamentales. (Valadés 2003: LXI)

Por su parte, la Cuarta Disposición Transitoria y Final (DTF) de la Carta de 1993 consagra un valioso criterio de interpretación del contenido de los derechos fundamentales. En virtud de la referida DTF, el contenido y tutela de los derechos se interpretan no sólo a la luz de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, sino también tomando en cuenta los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y la jurisprudencia e informes de los órganos internacionales encargados de velar por su cumplimiento.

Es decir, la Constitución peruana dispone que los derechos fundamentales no sólo sean interpretados, aplicados y tutelados conforme al derecho y la jurisprudencia constitucionales, sino también conforme al derecho internacional de los derechos humanos, que comprende no sólo los instrumentos respectivos sino la rica jurisprudencia de los órganos que velan por su cumplimiento, tanto en el sistema universal como en el interamericano.

---

<sup>31</sup> Ciertamente esta división de los derechos en generación es meramente pedagógica dada la integralidad e interdependencia de los mismos.

Esto es especialmente importante porque supone que el impulso para la ampliación y mejora del contenido y protección de los derechos fundamentales, no sólo proviene del derecho constitucional sino también del derecho internacional de los derechos humanos, el cual, a su vez, ha sido forjado y acicalado por las luchas y estrategias de diversos movimientos y organizaciones de derechos humanos en el mundo (organizaciones de defensores de derechos humanos, de mujeres, de pueblos indígenas, afrodescendientes, de personas con orientación sexual diversas, de personas con discapacidad, sindicatos, entre otros).

Así, no puede entenderse la historia y evolución del derecho internacional de los derechos humanos sin tomar en cuenta la activa –y en ocasiones heroica- participación de movimientos sociales u organizaciones de sociedad civil en el mundo.

Esta suerte de cláusula de apertura interpretativa<sup>32</sup> de derechos consagrada en la Cuarta DTF de la Constitución, remite no sólo al sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas, sino también al sistema interamericano de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (la OEA).

Respecto a este último, el propio Tribunal Constitucional peruano ha reconocido hace tiempo que la Corte interamericana es el “guardián último de los derechos en la región”<sup>33</sup>; se entiende, de los derechos que se desprenden de la Convención americana, la Declaración americana y todos los protocolos adicionales, esto es, el *corpus iuris* interamericano desarrollado por la Comisión y la Corte.

La Cuarta DTF también comprende otros circuitos internacionales de protección de derechos humanos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Corte

---

<sup>32</sup> En comparación con la cláusula de apertura que podríamos calificar de reconocimiento, consagrada en el artículo 3° de la Constitución.

<sup>33</sup> “2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (Tribunal Constitucional 2002b).



Penal Internacional (CPI) y cualquier otra instancia internacional que se abra en el futuro para la defensa de derechos fundamentales.<sup>34</sup>

Para finalizar este acápite, cabe mencionar que esta Cuarta DTF de nuestra Constitución también debe ser interpretada a la luz de la incorporación al derecho interno de los tratados de derechos humanos, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución y que desarrollaremos más adelante en el presente capítulo. Sin duda, que los tratados de derechos humanos pasen a formar parte del derecho interno, le confiere a la Cuarta DTF una fuerza interpretativa mucho mayor.

#### **1.4. Deber del Estado constitucional de garantizar los derechos humanos. Artículo 44°, primer párrafo**

“Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”<sup>35</sup>.

Otro pilar en este soporte normativo del Estado constitucional interamericano en gestación en el Perú, es el primer párrafo del artículo 44°, que establece los deberes primordiales del Estado peruano, entre ellos, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. Según la Real Academia Española, “primordial” significa “principio fundamental de cualquier cosa” (2012); esto quiere decir que uno de los fundamentos para la existencia y legitimidad del Estado peruano es su deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos: su amplio reconocimiento y protección no sólo en el ámbito nacional sino también internacional.

Al respecto, coincidimos con César Landa cuando afirma que:

---

<sup>34</sup> No es descabellado imaginar que en el futuro, tal vez, pueda crearse un tribunal o panel para la protección internacional del derecho al ambiente y otros derechos vinculados como el agua.

<sup>35</sup> Subrayado nuestro.

Si la Constitución no quiere quedar reducida a una pura especulación normativa, tiene que ser analizada desde una perspectiva de los derechos fundamentales, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real [...] la noción de Constitución que tiene sentido proteger es aquella que garantiza los derechos fundamentales [...] La Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. (2011: 1-3)<sup>36</sup>.

Sin duda, este deber estatal de proteger los derechos fundamentales también va en la línea del constitucionalismo garantista desarrollado en las dos últimas décadas por autores como Luigi Ferrajoli y otros.

Adicionalmente, tampoco debe dejarse de tomar en cuenta que la Constitución, como toda norma jurídica, es, finalmente, un producto social, esto es, el resultado de un conjunto de procesos políticos, sociales, económicos y culturales; procesos nacionales abiertos y precarios e insertos en un mundo cada vez más globalizado, en el que uno de los escasos referentes de estabilidad y seguridad jurídica, es el piso común de derechos fundamentales reconocidos universalmente a las personas.

Por ello es que autores como Landa sostienen que:

[E]s necesario que la sociedad cree, incorpore y otorgue vida a la norma constitucional en la forma de derechos fundamentales [...] Esto, en la medida que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de enriquecimiento de la vida social [...] En ese sentido, la Constitución se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad. (2011: 6-7)

Parte de las concreciones de este “deber primordial” del Estado son, por un lado, la cláusula de apertura de derechos consagrada en el artículo 3º y, por otro lado, la cláusula de apertura interpretativa o criterio de interpretación conforme el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) consagrado en la Cuarta DTF de la Carta de 1993, que hemos desarrollado en el acápite anterior. Si uno de los deberes primordiales del Estado peruano es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, suena lógico que consagre el máximo contenido y protección posibles, tanto con dicha cláusula de apertura como con tal criterio de interpretación.

---

<sup>36</sup> En la última parte del texto citado, Landa a su vez cita a Pedro de Vega García.

En esa misma línea, una interpretación restrictiva del contenido y protección de los derechos fundamentales sería incompatible con este deber primordial del Estado peruano. Por ejemplo, desacatar o incumplir una sentencia de la Corte interamericana – que extendiendo las fronteras del contenido de un derecho o consagra uno nuevo-, por parte de las autoridades nacionales, no encajaría dentro del deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos pues supondría el desconocimiento de un ámbito importante de tutela de los mismos, como es precisamente la protección interamericana.

Tampoco sería compatible con este deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, el retiro del Perú de los sistemas universal o interamericano de derechos humanos. Tal como hemos desarrollado en el acápite referido a qué entendemos por Estado constitucional, el mismo no sería reconocible como tal si es que pretendiera auto-excluirse de la actual atmósfera de protección internacional de los derechos humanos, pues ello supondría no garantizar su plena vigencia.

#### **1.5. Incorporación no jerárquica de los tratados de derechos humanos al derecho nacional. Artículos 55°, 56.1°, 118.1° y 200.4°**

“Artículo 55°. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 56°. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos [...]

Artículo 57°. [...] Cuando el tratado afecte 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 [...].

Artículo 118°. Corresponde al Presidente de la República: [...] 1. Cumplir y hacer cumplir la

Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”<sup>37</sup>.

Hasta aquí hemos visto cómo el Estado constitucional interamericano en gestación, reposa en tres pilares consagrados en la Carta de 1993: la cláusula de apertura, la cláusula de apertura interpretativa o criterio de interpretación conforme al DIDH y el deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos. Ahora toca analizar un cuarto pilar: la incorporación de los tratados de derechos humanos como parte del derecho nacional. Este cuarto pilar está consagrado en el artículo 55° de la actual Constitución de 1993, complementado por los artículos 56.1°, 57° segundo párrafo y 118.1°.

Para efectos de la presente investigación, los antecedentes constitucionales del vigente artículo 55° son los artículos 101<sup>o38</sup> y 105<sup>o39</sup> de la Carta de 1979, que sin duda constituyeron una innovación constitucional importante al incorporar los tratados internacionales al derecho nacional<sup>40</sup> y, en relación a los cuales, algunos autores han considerado que la actual Constitución supuso un retroceso en la máxima consagración de los tratados de derechos humanos en nuestro sistema jerárquico de fuentes.

Así, Francisco Eguiguren sostiene que:

El entusiasta avance que significó la Constitución de 1979, con una norma pionera que reconocía rango constitucional a las normas referidas a derechos humanos contenidas en

---

<sup>37</sup> Subrayado nuestro.

<sup>38</sup> “Artículo 101°.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

<sup>39</sup> “Artículo 105°.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

<sup>40</sup> En los debates de la Comisión principal de la Asamblea Constituyente de 1978, el internacionalista Andrés Aramburú Menchaca del PPC, sustentó la conveniencia que la Constitución política disponga la incorporación de los tratados al derecho interno habida cuenta que, en ese momento, aún había cierto debate sobre el particular: “El señor ARAMBURÚ [...] Evidentemente falta esa norma. Ahora en doctrina, en jurisprudencia en los tribunales los tratados priman sobre las Constituciones; pero en la jurisprudencia internacional, en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, a excepción de los casos de los tribunales anglosajones, la Constitución prevalece sobre los tratados [...] En definitiva considero que los tratados que suscriba el Perú obligan al Perú por encima de lo que su Constitución diga; pero como esto no sería aceptable, desde ningún punto de vista, la jerarquía son las normas legales” Congreso de la República del Perú (2001b: 10). Queda claro que en la actualidad no existe más ese debate y que en una época de internacionalización del Estado constitucional, los tratados forman parte del derecho nacional.

pactos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, fue severamente afectado durante el régimen de facto posterior al autogolpe del presidente Fujimori, al punto que la Constitución de 1993 eliminó este tipo de estipulación y atribuyó a los tratados mero rango de ley [...] Bajo esta inspiración restrictiva de los derechos humanos, no fue nada casual que la Carta de 1993, al regular el capítulo sobre los Tratados, eliminara las dos normas claves de la Constitución de 1979, es decir, la que disponía la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con esta y, por supuesto, de la norma que confería rango constitucional a los derechos consignados en los pactos internacionales sobre derechos humanos (2003: 5-7).

Por su parte, César Landa sostiene que:

Con la entrada en vigencia de la Constitución Peruana de 1993, se planteó el debate acerca de la posición constitucional de los tratados en la nueva norma constitucional [...] El debate está abierto, puesto que la Constitución de 1993 no ha resuelto la posición jurídica de los tratados internacionales en el sistema de fuentes de nuestro Derecho, como sí lo había hecho la Constitución de 1979. Asimismo, el Tribunal (Constitucional) no ha establecido una sólida jurisprudencia vinculante (2007: 871-873).

Esta apreciación probablemente se basó, entre otros elementos de juicio, por un lado, en la intención expresada por algunos constituyentes de la Carta de 1979 que, en relación a este aspecto, consideraron que el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos constituía un avance importante<sup>41</sup> y, por otro lado, en la posterior propuesta de la bancada fujimorista en el Congreso constituyente democrático (CCD), de trocar la máxima jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos en el orden interno, por el criterio de interpretación constitucional conforme al derecho internacional de derechos humanos (DIDH) que finalmente consagró la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta de 1993.

Nosotros creemos que si bien la intención de la mayoría constituyente del CCD de 1993<sup>42</sup> fue menguar la protección constitucional del derecho internacional de los

---

<sup>41</sup> “El señor TOWNSEND [...] desde luego la introducción directa al cuerpo constitucional de los tratados que amparan los derechos humanos es realmente un avance en doctrina y práctica jurídica” (Congreso de la República del Perú 2001b: 90).

<sup>42</sup> “[S]e puede entender que el modelo constitucional consagrado en la Constitución de 1993 y, en particular, el relativo a la justicia constitucional ampliase la participación ciudadana y de las instituciones sociales, en los procesos judiciales ante el Tribunal Constitucional [...] Sin embargo, las pretendidas

derechos humanos, el resultado final no ha sido tal, pues los tratados de derechos humanos siguen manteniendo la máxima consagración en nuestro ordenamiento constitucional en virtud, no sólo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria -de la que ya hemos hecho referencia-, sino sobre todo por las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, que le impiden, entre otros aspectos, desacatar un tratado internacional invocando su derecho interno.

Al respecto, coincidimos con César Landa cuando afirma que “[l]a Constitución de 1993 no aborda, sistemáticamente, el problema de las fuentes del Derecho. A lo más establece algunos artículos dispersos relativos a los tratados, su control constitucional y su carácter de fuente interpretativa del ordenamiento jurídico. Este déficit del constituyente se ha convertido en un desafío para la doctrina y la jurisprudencia” (2007: 874).

Sin embargo, el artículo 55° vigente repite la fórmula del artículo 101° de la Constitución de 1979, pero en forma más escueta aunque, finalmente, acertada en nuestra opinión. Omite la referencia a los tratados celebrados “con otros Estados”, pues cabe la posibilidad que el Estado suscriba tratados o acuerdos internacionales con entidades supranacionales –como lo ha hecho con la Unión Europea- o con organismos internacionales o multilaterales.

El referido artículo 55° también suprimió la última parte del artículo 101°: “*En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero*”, pues las obligaciones internacionales que asume el Estado peruano no sólo podrían colisionar con las leyes sino también –y eventualmente- con la propia Constitución política.

Por ello, en nuestra opinión es más riguroso hablar de posible conflicto entre tratados y “derecho interno”, que comprende no sólo a las leyes y reglamentos sino también –y eventualmente- a la propia Constitución. Esta expresión de “derecho interno” es la que utiliza la Convención de Viena, también conocida como Tratado de los tratados.

Como es bastante conocido, hay un principio en el derecho internacional en virtud del cual ningún Estado nacional puede invocar su “derecho interno” –Constitución o leyes-

---

aspiraciones participacionistas y modernizadoras de la nueva Constitución sirvieron, en definitiva, para que primaran las decisiones fácticas del gobierno sobre el derecho” Landa (2007: 88).

para justificar el incumplimiento de un tratado. Este principio está recogido en el artículo 27° de la Convención de Viena: “Artículo 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”<sup>43</sup>.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva, la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre el derecho nacional –Constitución o leyes- en caso de conflicto, proviene de la obligación internacional que el Estado peruano adquirió al momento de suscribir y ratificar –en forma libre y soberana- dichos tratados. Esa prevalencia no proviene de la jerarquía constitucional o no que nuestro sistema de fuentes de derecho le otorgue o no a los tratados, sino de la obligación internacional que el Estado incorporó al derecho interno. Al respecto Víctor Bazán sostiene que “... la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellas, sino a una creciente coexistencia coordinada en la hermenéutica pro persona de los derechos esenciales.” (Bazán. 2012: p. 19)

En tal sentido, para efectos del derecho internacional de derechos humanos (DIDH) y su relación con el derecho interno, consideramos que no es indispensable otorgarle una posición jerárquica a los tratados de derechos humanos dentro de nuestro sistema de fuentes, tal como plantean algunos constitucionalistas nacionales<sup>44</sup>.

En todo caso, de tener que adjudicarle una posición jerárquica en nuestro sistema de fuentes, consideramos que los tratados de derechos humanos tienen una fuerza o posición “supraconstitucional”, pues al establecer el segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución que “[c]uando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución [...] dicha norma deja abierta la posibilidad de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de la Constitución del Estado” (Landa 2007: 883).

Esta obligación internacional del Estado peruano ha sido ratificada en el artículo 118.1° de la Constitución vigente: “[c]orresponde al Presidente de la República:... 1.

---

<sup>43</sup> *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, aprobado el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 27 de enero del 1980.

<sup>44</sup> Sobre el particular, ver Landa (2007: 882-899).

Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”<sup>45</sup>. En otras palabras, una de las más importantes concreciones constitucionales de esta obligación internacional, es el deber del Presidente de la República –y, por ende, de todo el Estado peruano dado que él dirige la política exterior y las relaciones internacionales (artículo 118.11º Constitución)-, de cumplir y hacer cumplir, entre otros, los tratados de derechos humanos.

Por su parte, el efecto normativo, en nuestro ordenamiento interno, de los tratados de derechos humanos y de la interpretación que de los mismos haga la Corte interamericana, ha sido plenamente ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en dos casos emblemáticos de graves violaciones de derechos humanos perpetradas por el destacamento o grupo paramilitar “Colina”:

44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia. Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Tribunal Constitucional 2004b).

5. Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional [...] 8. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación

---

<sup>45</sup> Subrayado nuestro.



directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra adscrito. (Tribunal Constitucional 2005a)<sup>46</sup>

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Tribunal Constitucional 2005a)

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, si bien se pronuncia por el rango constitucional y no supraconstitucional de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, a la vez establece que ni siquiera una reforma constitucional podría derogar o modificar derechos fundamentales consagrados internacionalmente.<sup>47</sup> En tal sentido, consideramos que sin decirlo expresamente, la jurisprudencia tiende a otorgarle a los tratados internacionales de derechos humanos, efectos supraconstitucionales.

Por otro lado, cabe precisar que si bien es cierto que en caso de incompatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, no necesariamente se produce una derogación automática de la norma interna incompatible con las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos el Estado ha asumido, tarde o temprano dicha norma deberá ser modificada o re-interpretada con el propósito de adecuarla al orden internacional.

---

<sup>46</sup> Subrayado nuestro.

<sup>47</sup> “26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional... 33. Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución...” (Subrayado nuestro) (Tribunal constitucional: 2006c)

En el caso especial de las leyes de amnistía o auto-amnistía de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte interamericana sí ha ido mucho más allá de la derogación automática y ha establecido que el control de convencionalidad supone la nulidad de dichas leyes, esto es, que las mismas nunca existieron jurídicamente hablando, que nunca tuvieron efecto jurídico alguno y así ha sido entendido por sistemas nacionales de justicia como el peruano, aunque en otros casos como el uruguayo y el brasileño, las altas cortes nacionales aún se resisten a darle plena eficacia a esta nulidad de las leyes de amnistía.

Por otro lado, en el sistema interamericano ya hay un antecedente de incompatibilidad entre una Constitución nacional y la Convención americana. En el caso “*La última tentación de Cristo contra Chile*” la Corte consideró que la Constitución contenía una disposición incompatible con el artículo 13° de la Convención americana que consagra la libertad de expresión y que, por ende, el Estado chileno debía reformar su Carta política en ese aspecto.<sup>48</sup>

Ello en razón que la jurisprudencia interamericana ha establecido que:

87. 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 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. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta

---

<sup>48</sup> “88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención. [...] PUNTOS RESOLUTIVOS [...] 4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.” Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001a).

su actuación a la normativa de protección de la Convención. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001a).

En cuanto al antecedente del artículo 105° de la Constitución de 1979 que hacía expresa mención a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, en la Carta de 1993 quedó como la Cuarta Disposición Final y Transitoria, sin referencia alguna a su nivel jerárquico interno, tal como ya hemos visto.

En nuestra opinión, que el texto de la Carta de 1993 haya optado por erigir a los tratados de derechos humanos como criterio de interpretación de los derechos fundamentales, hoy en día puede ser interpretado no necesariamente como un retroceso –que fue la intención del constituyente de 1993- sino más bien como una adecuación constitucional a las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha adquirido el Estado peruano tanto a nivel universal como interamericano.

Esto último comprende, entre otros aspectos, la adecuación a la jurisprudencia de la Corte interamericana y los informes de la Comisión y el deber de adecuación del orden jurídico interno a las obligaciones contempladas en la Convención americana y sus protocolos adicionales, de conformidad con lo dispuesto expresamente por el artículo 2° de la Convención americana.<sup>49</sup>

Cabe señalar también que el propio legislador ha ratificado y ampliado los alcances de este criterio de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) consagrado en la referida Cuarta DFT de nuestra Constitución. El artículo V del Título Preliminar del Código procesal constitucional, no sólo ratifica que “[e]l contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos”, sino también de conformidad con “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

---

<sup>49</sup> “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Es decir, el artículo V del Título preliminar del Código procesal constitucional precisa que esta interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el DIDH, comprende la jurisprudencia de la Corte interamericana y, por extensión, también consideramos los informes de la Comisión interamericana.

Sobre el particular, podría contra-argumentarse que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos que sí le reconocía el artículo 105° de la Carta de 1979 y que no lo hace la Constitución de 1993, habría suprimido el filtro parlamentario para denunciar un tratado de derechos humanos, pues la Carta de 1979 precisaba que tales tratados “[n]o pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

Al respecto, nosotros consideramos que ello queda desvirtuado con lo dispuesto en el artículo 56.1° de la Carta de 1993: “Artículo 56°. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: [...] 1. Derechos Humanos”. Si para aprobar e incorporar un tratado de derechos humanos se requiere la intervención del Legislativo, interpretamos que para denunciarlo y excluirlo del derecho interno, también se requerirá la intervención del Parlamento y así lo ha establecido expresamente el tercer párrafo del artículo 57°: “La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste”<sup>50</sup>.

#### **1.6. Consagración del deber del Estado constitucional de promover la integración latinoamericana. Artículo 44°, segundo párrafo**

“Artículo 44° [...] es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana”

---

<sup>50</sup> En este mismo sentido, Marcial Rubio sostiene en relación al artículo 57° de la Constitución vigente de 1993: “[i]ndiscutiblemente, de acuerdo a esta disposición, todos los tratados que versen sobre temas vinculados al contenido del texto constitucional, y más específicamente al de los derechos constitucionales, deberá ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional. La razón ya fue dada antes: cumpliendo este procedimiento de aprobación, si hubiere colisión preferirá el tratado a la Constitución” (Rubio Correa: 1998, 108).

La Constitución de 1979 inicia en el Perú una tradición constitucional no sólo favorable sino también promotora de la integración latinoamericana<sup>51</sup>, como ya hemos adelantado en el acápite de antecedentes del presente capítulo. Esta tradición ha sido mantenida por la Carta de 1993: si bien en términos más generales y amplios, el artículo 44° llega a decir que es deber constitucional del Estado peruano promover la integración “particularmente latinoamericana”.

A pesar que la Organización de Estados Americanos (la OEA) no sólo reúne a los Estados históricamente considerados “latinoamericanos”, sino que también comprende a los Estados caribeños anglófonos, a los Estados Unidos y Canadá, puede considerársele como una de las mayores concreciones –por lo menos hasta hoy- del conocido sueño de Simón Bolívar de una sola América Latina unida que intentó impulsar en el famoso Congreso de Panamá que tuvo lugar en 1826 y al que asistieron delegados del Perú, la Gran Colombia; México y las provincias unidas de Centroamérica.

Desde sus orígenes, uno de los pilares de este andamiaje institucional que es la OEA, ha sido el reconocimiento y protección -no sólo nacional sino también internacional- de los derechos fundamentales. La Declaración Americana de 1948 reconoció un abanico de derechos que luego la Convención americana y sus Protocolos adicionales han profundizado y ampliado. Por su parte, el artículo 106° de la Carta de la OEA creó la Comisión interamericana y posteriormente la Convención Americana no sólo la desarrolló, sino que creó un segundo organismo de tutela internacional de los derechos fundamentales: la Corte interamericana.

En consecuencia, el deber constitucional del Estado peruano de promover la integración y, en especial, la latinoamericana consideramos que también supone, de cara al sistema interamericano de derechos humanos cobijado dentro de la estructura institucional de la OEA, el apoyo al funcionamiento y pleno respeto a las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte, como una de las formas cualificadas de promover y concretar, precisamente, la integración latinoamericana.

---

<sup>51</sup> El Preámbulo de la Carta de 1979 señalaba, entre otras declaraciones: “Convencidos de la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo”.

Sin duda, cuando se habla de integración suele pensarse en el ámbito económico, pero nada impide pensar también en una integración judicial como la que ha venido produciéndose en el sistema interamericano, no exenta de sobresaltos<sup>52</sup> y debilidades<sup>53</sup>, en virtud de la cual, los sistemas nacionales de justicia interactúan con un sistema común de protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas, no sólo acatando las decisiones de la Comisión y la Corte, sino también aplicando directamente en sede nacional la doctrina jurisprudencial interamericana y, a la vez, influyendo en la misma a través de la doctrina jurisprudencial constitucional que cada alta Corte nacional desarrolla.<sup>54</sup>

### 1.7. Reconocimiento de la jurisdicción internacional subsidiaria. Artículo 205°

“Artículo 205°.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

A esta altura de la presente investigación, podemos afirmar que la recepción constitucional de la *interamericanización* en gestación del Estado constitucional, se basa en seis grandes pilares que ya hemos desarrollado, salvo el último que es materia de este subcapítulo: i) la cláusula de apertura basada en la dignidad humana, ii) la cláusula de apertura interpretativa o criterio de interpretación conforme al DIDH, iii) el deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos humanos, iv) la incorporación de los tratados de derechos humanos como parte del derecho nacional, v) el deber estatal de promover la integración latinoamericana y vi) el reconocimiento de la jurisdicción internacional subsidiaria. Este último punto es el que a continuación desarrollaremos.

---

<sup>52</sup> Como el fallido intento del Perú de retiro de la competencia contenciosa de la Corte interamericana durante los noventa o la denuncia de la Convención americana por parte de Venezuela concretada el año 2013.

<sup>53</sup> Como la no ratificación de la Convención americana y sus protocolos adicionales por Estados Unidos, Canadá y algunos países del Caribe anglófono.

<sup>54</sup> Este último punto de articulación judicial nacional e interamericana, será desarrollado en extenso en el capítulo 3 de la presente tesis.

El antecedente constitucional también lo encontramos en la Carta de 1979 y en la Asamblea constituyente, en cuya Comisión principal se produjo un rico debate sobre este punto. Al respecto, independientemente de la posterior trayectoria política del dirigente aprista Javier Valle Riestra durante los noventa, hay que reconocer que fue el principal impulsor de esta ampliación de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, más allá de las fronteras nacionales y proyectarla hacia la protección internacional e interamericana.<sup>55</sup>

La dictadura militar de ese entonces no había ratificado en su totalidad la Convención americana de derechos humanos, excluyendo precisamente los artículos que creaban la Corte interamericana y sometían a los Estados nacionales a su competencia. En consecuencia, ratificar en su totalidad la Convención americana por parte de la Carta de 1979, llenó de contenido al que en ese momento era el artículo 305<sup>o</sup><sup>56</sup> de dicha Constitución y que migró –con escasas modificaciones de redacción- a la Carta de 1993 como el artículo 205<sup>o</sup> arriba citado. Recurrir a la jurisdicción internacional significó –a partir de ese momento- poder recurrir no sólo a la Comisión sino también a la Corte interamericana, entre otras instancias internacionales.

Constatamos en el Diario de debates de la Comisión principal de la Asamblea constituyente de 1978, la veracidad del testimonio de Valle Riestra. Por un lado, el constituyente Andrés Aramburú Menchaca (PPC) se opuso a esta ratificación de la totalidad de la Convención americana sólo por cuestiones formales, esto es, porque consideraba que la Asamblea constituyente no era la indicada para ello sino un futuro Parlamento ordinario (Congreso de la República del Perú 2001b: 18).

---

<sup>55</sup> Valle Riestra recuerda que “Una de las hazañas de las que me puedo jactar en mi vida forense-democrática es haber logrado que la Asamblea Constituyente de 1978-1979 aprobara en todas sus cláusulas la Convención Americana de derechos humanos de San José de Costa Rica [...] No fue fácil. A la derecha, el eximio internacionalista Andrés Aramburú Menchaca (PPC) se opuso a capa y espada, alegando que no era propio de la Asamblea ratificar tratados, sino que eso pertenecía al Poder Ejecutivo [...] A la izquierda, Jorge del Prado, Secretario general del Partido comunista, afirmó en la Comisión principal que se oponía porque desconfiaba de la OEA, ente al servicio del imperialismo yanqui”. Valle-Riestra Javier y otros (2008: 19).

<sup>56</sup> “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

Por otro lado, reflejando un chauvinismo de izquierda, que en la actualidad en ocasiones también se expresa en nuestro continente en las infundadas críticas y ataques que Estados como Venezuela y Ecuador dirigen contra el sistema interamericano –presunta extensión del imperialismo norteamericano–, el constituyente Jorge del Prado (Partido comunista) también se opuso porque:

[D]ebemos defender la soberanía nacional y en ese aspecto, aunque el Tribunal de las Naciones Unidas puede tener y debe tener siempre una autoridad universal de tipo moral, en cambio un organismo de la OEA no la tiene [...] para nosotros la OEA ha perdido toda autoridad moral y todo tipo de autoridad ante la conciencia de América Latina, por ser un instrumento generalmente al servicio de los intereses norteamericanos. (Congreso de la República del Perú 2001b: 22)<sup>57</sup>

En relación a la consagración constitucional de la jurisdicción internacional, Valle Riestra la defendió y sustentó con los siguientes argumentos que, pese al tiempo transcurrido, conservan actualidad:

No debemos limitar, mañana estaremos en una democracia, pero si esa democracia pereciera nos queda el recurso de ir a la vía internacional a defender los derechos conculcados [...] la idea hay que recogerla y hay que mantenerla porque es saludable [...] los poderes ejecutivos siempre tienen reservas a esa vigilancia internacional [...] Realmente esta vía internacional se da cuando la vía doméstica, la vía interna se ha agotado, cuando ya el derecho humano no es reconocido por los tribunales, cuando, por ejemplo, existe una aberración en los tribunales, habiendo una democracia; o cuando haya una dictadura... una vez agotada la vía doméstica, pero no en reemplazo de la vía doméstica. (Congreso de la República del Perú 2001b: 19-21)

Es decir, desde sus orígenes este reconocimiento constitucional de la jurisdicción internacional en nuestro país, tuvo claridad en torno a su naturaleza subsidiaria, esto es, que sólo debe entrar en funcionamiento en defecto de la justicia nacional que, en términos de derechos, significa cuando a nivel nacional no se ha tutelado debidamente los derechos fundamentales frente a graves violaciones.

---

<sup>57</sup> Es claro que para parte importante de la izquierda latinoamericana, la expulsión de Cuba del concierto de la OEA, hizo de ésta –y por extensión, del sistema interamericano de derechos humanos– una extensión del imperialismo de los Estados Unidos.



Esta naturaleza subsidiaria o residual del sistema interamericano también ha sido desarrollado por la Comisión interamericana de derechos humanos, que es la que determina si la petición de un(a) ciudadano(a) del continente es admisible o no. La Comisión tiene una sostenida jurisprudencia en torno a uno de los criterios de admisibilidad o inadmisibilidad de una petición: la denominada “cuarta instancia”.

Esta jurisprudencia de la Comisión toma cuerpo en el caso Clifton Wright contra Jamaica. En dicha ocasión la Comisión sostuvo “[q]ue no es atribución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actuar como órgano cuasi-judicial de cuarta instancia y revisar las decisiones de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA. La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es actuar a base de las denuncias que se le presentan de acuerdo con los Artículos 44 a 51 de la Convención Americana” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988).

Posteriormente, la Comisión ha seguido desarrollando este criterio de la cuarta instancia como una de las concreciones de esta naturaleza subsidiaria del sistema interamericano en relación a los sistemas nacionales de justicia:

El carácter de esa función (subsidiaria) constituye también la base de la denominada "fórmula de la cuarta instancia" aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996).

Por otro lado, en términos del Estado constitucional contemporáneo, este reforzamiento internacional de la tutela de los derechos fundamentales encuentra plena justificación en el carácter normativo de los mismos. El catálogo de derechos que las Constituciones nacionales y los Tratados consagran ya no son -como en el pasado- declaraciones de buena intención sino que ahora tienen vocación normativa de ser efectivamente cumplidos, tanto a través de mecanismos nacionales como internacionales.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> “[L]a aparición de la fuerza normativa de los derechos fundamentales sólo es concebible en el Estado democrático constitucional” (Landa 2011: 16).

Además, este reforzamiento internacional de la tutela de los derechos fundamentales, no sólo interesa a los individuos -cuyos derechos podrían verse eventualmente conculcados-, sino que también le interesa a la sociedad en su conjunto, debido a la naturaleza no sólo subjetiva sino también objetiva de los derechos.<sup>59</sup>

Desde la perspectiva del constitucionalismo latinoamericano, que tan bien ha analizado panorámicamente autores como Armin von Bogdandy, esta extensión de las fronteras nacionales en la protección de los derechos fundamentales hacia mecanismos internacionales previstos en los sistemas interamericano y universal, también responde a una suerte de “*sed de materialización garantista*”<sup>60</sup> en el derecho constitucional de América Latina, en el sentido que la:

[A]pertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana [...] [hace que] Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público, se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo [...] Vincular al derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho ya que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por separado (Bogdandy 2015: 11).

Por otro lado, esta frontera internacional de tutela de los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 205° de la Constitución de 1993, se erige mucho más valiosa en contextos nacionales de debilidad institucional como el peruano, en los que la jurisdicción internacional subsidiaria, adquiere, en ocasiones, un protagonismo inusual ante la inoperancia estructural de nuestros sistemas judiciales para cautelar los derechos fundamentales.

Como ya hemos señalado anteriormente:

[C]onsideramos que existe la siguiente relación proporcional entre los sistemas de justicia nacionales y el sistema interamericano: a mayor debilidad y precariedad de los primeros, mayor necesidad de intervención por parte del SIDH. A la inversa, conforme

---

<sup>59</sup> “Se debe partir de entender que los derechos fundamentales tienen un doble carácter jurídico: como derecho subjetivo de la persona y como derecho objetivo o fundamento valorativo del orden constitucional” (Landa 2011: 20).

<sup>60</sup> Elsner, Gisela y Christian Steiner, citados por Bogdandy (2015: 12).

los sistemas de justicia nacionales se vayan consolidando y legitimando en sus respectivas sociedades, la intervención del sistema interamericano tenderá a reducirse, dado el carácter subsidiario del SIDH. (Lovatón 2013: 72)

De esta manera, la jurisdicción internacional en general y la interamericana en particular, han contribuido y contribuyen a “inclinarse la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora [...]” (Bogdandy 2015: 30).

### **1.8. ¿Cuál es el nivel de apertura interamericana del Estado nacional consagrado en la Constitución?**

En esta última parte del presente capítulo, es nuestra intención reflexionar a partir de la siguiente pregunta: ¿Cuál es el nivel de apertura internacional en general e interamericana en particular del Estado nacional consagrado en nuestra Constitución? Ya no se trata de reflexionar si dicha apertura está o no consagrada en nuestro ordenamiento constitucional –está claro que sí-, sino determinar la amplitud y profundidad de dicha apertura.

Como ya hemos desarrollado en el presente capítulo, esta apertura constitucional a la internacionalización del Estado nacional, se sustenta en seis pilares: i) la cláusula de apertura inspirada en la dignidad humana, ii) la cláusula de apertura interpretativa o criterio de interpretación conforme al DIDH, iii) el deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos humanos, iv) la incorporación de los tratados de derechos humanos como parte del derecho nacional, v) el deber estatal de promover la integración latinoamericana y vi) el reconocimiento de la jurisdicción internacional subsidiaria.

Al respecto, Luigi Ferrajoli sostiene, en su extensa obra *Principia iuris*, que en el concierto mundial contemporáneo existen alianzas, confederaciones y federaciones y que esta última categoría admite diversos grados de concreción:

Las instituciones originarias [...] pueden integrarse y coordinarse entre sí dando vida a metaordenamientos, o sea, a ordenamientos multilaterales o multinivel. Estas formas de integración pueden ser de muy distinta naturaleza: alianzas, confederaciones y federaciones. Las alianzas no dan vida a ninguna institución supranacional [...] En

cambio, federaciones y confederaciones son instituciones políticas originarias, diferentes y autónomas de las que las componen [...] la noción más controvertida, además de la más importante, es ciertamente la de “federación” [...] permite hablar, en los casos inciertos o fronterizos, de “grado de federalismo” [...] Podemos caracterizar a las federaciones [...] mediante dos elementos: la distribución de las competencias entre instituciones federales e instituciones federadas y la producción, mediante actos realizados por las primeras, de normas que directamente entran en vigor en los ordenamientos de las instituciones federadas [...]

Distinto es el caso de las confederaciones. Aquí no tenemos una institución constitucional, al no estar los Estados miembros unidos por un *pactum subiectionis*, sino sólo por un *pactum associationis*. Tendremos simplemente una institución internacional... dotada de órganos comunes pero no supra-ordenados a los Estados miembros. También esta institución tendrá, en cuanto sujeto o persona jurídica, una razón social [...] pensemos en la OTAN [...] o en la Organización de las Naciones Unidas. Pero no se tratará de un ordenamiento supraestatal supraordenado a los Estados miembros, que mantienen su soberanía. (Ferrajoli 2011a: 886, 888)

Tomando en cuenta esta aproximación teórica que Ferrajoli hace de las diversas formas de organización supraestatal en el mundo de hoy, puede considerarse que la Organización de Estados Americanos (OEA) es una confederación, una institución internacional y no constitucional en términos de Ferrajoli. Los Estados parte no están sometidos a los órganos de la OEA (Asamblea General, Consejo permanente o Secretario General), sino que cada uno conserva su soberanía nacional, aunque comparten espacios comunes de cooperación y apoyo y de diálogo interestatal para el abordaje de problemas comunes como la seguridad hemisférica, el mantenimiento de la democracia, el crimen transnacional, entre otros aspectos.

Una clara muestra del carácter confederal de la OEA es la siguiente: en las muy escasas ocasiones en las que la OEA ha intentado aplicar las sanciones contempladas en la Carta Democrática Interamericana ante la ruptura del orden constitucional en un Estado parte, se ha chocado con el principio de soberanía nacional, muy bien cautelado en los discursos y medidas adoptadas por los propios Estados. Así, por lo general la OEA ha modulado su “intervención” en asuntos internos de los Estados parte, a la organización y envío de misiones de observación electoral, previa anuencia estatal.

Sin embargo, en esa atmósfera confederal que constituye la OEA, el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) muestra rasgos que –en nuestra opinión– van más allá de dicha atmósfera institucional y se acercan a lo que tal vez podríamos considerar como una forma peculiar y en gestación de federalismo en derechos. Nuevamente, desde la perspectiva de las categorías supraestatales desarrolladas por Ferrajoli, el sistema interamericano ostentaría un cierto “grado de federalismo”:

Obviamente la forma de integración más avanzada es la federal, caracterizada por un doble nexo entre instituciones federadas: la presencia de instituciones de nivel a ellas supraordenadas en virtud de competencias compartidas o separadas, así como, consecuentemente, la existencia de fuentes productivas de normas que entran en vigor inmediatamente en los ordenamientos federados. En suma, el rasgo distintivo de las federaciones es la comunidad entre las instituciones federadas tanto de órganos como de fuentes federales de producción normativa, y no ya simplemente, como en las instituciones confederadas, de una o más normas pero no de una fuente ni necesariamente de un órgano a ellas supra-ordenado. Pero también el federalismo es una cuestión de grado. (2011a: 888)

Veamos si el sistema interamericano ostenta los rasgos distintivos del federalismo –entendido en sentido amplio y heterogéneo– que postula Ferrajoli. En primer lugar, la Comisión y la Corte interamericanas son los únicos órganos supraordenados a los Estados parte en el ámbito institucional de la OEA, en virtud no sólo de la Convención americana de derechos humanos, sino también de la Declaración americana y la Carta de la OEA. En todos esos instrumentos, todos los Estados han convenido –libre y soberanamente– someterse, al menos, a la Comisión interamericana y la mayoría de ellos a la Corte.

Un contraargumento a esta última afirmación podría ser que en la actualidad, aún hay Estados parte que no han ratificado la Convención americana (entre ellos, Estados Unidos y Canadá) y, por ende, no están sometidos a la competencia de la Corte. Ello es cierto y patentiza una contemporánea debilidad del sistema interamericano: los diferentes compromisos jurídicos de los Estados ante este sistema.

Sin embargo, inclusive esos Estados que aún no han ratificado la Convención, se encuentran plenamente sometidos a la competencia de la Comisión interamericana. De esta manera, la Comisión en diversas ocasiones ha solicitado al Gobierno de los Estados

Unidos que cierre la prisión de Guantánamo, que permita el acceso a veedores independientes a dichas cárceles, que suspenda la ejecución de condenados a pena de muerte, entre otros temas. Asimismo, durante los periodos de sesiones suelen llevarse a cabo audiencias públicas para ventilar denuncias en contra de los Gobiernos de Estados Unidos, Canadá, Cuba o Venezuela, en materia de inmigrantes ilegales, detenidos acusados de terrorismo, uso de drones, responsabilidad internacional por industrias extractivas, persecución de opositores, entre otros. Los agentes estatales de tales Estados suelen comparecer ante la Comisión, con excepción de Cuba.

Entonces, desde nuestro punto de vista, la lamentable falta de ratificación de la Convención americana por parte de algunos Estados parte de la OEA, no desvirtúa el primer rasgo del federalismo en derechos que la Comisión y la Corte podrían haber construido todos estos años, esto es, su naturaleza jurídica de órganos supraordenados a los Estados nacionales.

El segundo rasgo distintivo que Ferrajoli postula para diversas manifestaciones de federalismo, es “la existencia de fuentes productivas de normas que entran en vigor inmediatamente en los ordenamientos federados” (2011a: 888). En realidad, este segundo rasgo distintivo cuenta, a su vez, con dos aspectos: i) la existencia de fuentes de normas y ii) que tales normas entren en vigor en forma inmediata en los ordenamientos estatales. En nuestra opinión, este segundo extremo del segundo rasgo distintivo del federalismo, es el que aún no se puede predicar del sistema interamericano de derechos humanos, salvo en el caso de las leyes de amnistía como veremos en los párrafos siguientes.

Consideramos que el primer extremo del segundo rasgo distintivo sí está presente en el sistema interamericano, habida cuenta que los órganos supraordenados se han erigido en una rica fuente jurisprudencial de normas, en especial, la Corte interamericana. La jurisprudencia interamericana no sólo ha interpretado la Convención y los protocolos adicionales, sino que ha creado derecho en el sentido de desprender de los instrumentos interamericanos nuevos contenidos o nuevos derechos fundamentales que no aparecían en la literalidad de los mismos, como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la verdad, el derecho de acceso a la información pública, entre otros. Sin duda, la jurisprudencia de la Corte es una fuente de derecho que, cada vez más, es invocada y aplicada por los tribunales nacionales.

Al respecto, hay que tomar en consideración, como sostiene Ferrajoli, que “[e]l esquema de ordenamiento internacional [...] (que) refleja claramente el modelo federal [...] a) la distinción y la articulación multinivel entre instituciones supranacionales o federales e instituciones estatales o federadas; b) la presencia no simplemente de normas, sino de fuentes supranacionales sobre la producción de normas, destinadas a entrar directamente en vigor en los ordenamientos estatales” (2011b: 535). Esa “articulación multinivel” se da –y cada vez con más frecuencia– entre la Corte interamericana y los tribunales nacionales.

En tal sentido, consideramos que la Comisión pero en especial la Corte, son fuentes jurisprudenciales de derecho. Ciertamente no estamos frente a fuentes legislativas de derecho (la Asamblea General de la OEA no se asemeja en nada a un Parlamento supraestatal), pero nada impide que, en esta suerte de federalismo en derechos, la fuente de derecho sea de naturaleza jurisprudencial y no necesariamente legislativa o parlamentaria.

En cambio, el segundo extremo del segundo rasgo del federalismo consideramos que sí constituye un flanco vulnerable en esta argumentación. Recordemos que, bajo el prisma teórico de Ferrajoli, el segundo rasgo distintivo de las diversas manifestaciones de federalismo, es la que ya adelantamos líneas arriba: “la existencia de fuentes productivas de normas que entran en vigor inmediatamente en los ordenamientos federados” (2011a: 888)<sup>61</sup>.

Si bien las sentencias de la Corte interamericana son de obligatorio cumplimiento para los Estados que se han sometido a su competencia, no puede predicarse de las mismas que entran en vigor en forma inmediata en los ordenamientos constitucionales nacionales. Por el contrario, la regla general es que la propia Corte dispone que sea el propio Estado el que adecúe su ordenamiento interno a los estándares interamericanos en materia de derechos humanos y es por ello que, entre otras medidas, ha establecido a partir del año 2009, un mecanismo de seguimiento del cumplimiento de sus sentencias por parte de los Estados: las audiencias públicas de seguimiento.

---

<sup>61</sup> Subrayado nuestro.

Es más, en casos de personas detenidas vulnerando las garantías previstas en el *corpus iuris* interamericano, la Corte tiende a disponer que el Estado lleve a cabo un nuevo proceso judicial con todas las garantías de debido proceso, pero muy rara vez ha dispuesto la liberación inmediata de la víctima. En el caso del Perú, el único caso en el que la Corte dispuso la liberación de la víctima fue en “Loayza Tamayo contra Perú”.

A la fecha hay una sola excepción a esta regla general de eficacia mediata de las sentencias de la Corte interamericana: las sentencias en relación a leyes de amnistía o autoamnistía. En esos supuestos, a partir del caso “Barrios Altos contra Perú” del año 2001, la Corte extendió el control de convencionalidad hasta el punto de declarar “sin efecto jurídico alguno” las referidas leyes de amnistía, esto es, que para la Corte nunca existieron jurídicamente hablando, lo que en buen romance ha supuesto la anulación – con efecto retroactivo- de las leyes de amnistía en el continente. Esta aplicación inmediata de los efectos de las sentencias de la Corte en cuanto a leyes de amnistía, se ha dado no sólo en el Perú sino también en Chile y Argentina.

Es innegable pues que la eficacia inmediata del derecho producido por un órgano supraordenado como la Corte interamericana sobre los Estados nacionales, es un extremo que aún está en construcción y que impide que –al menos por el momento- pueda afirmarse que el sistema interamericano de derechos humanos es una suerte de federalismo en derechos, con excepción de su jurisprudencia en torno a las leyes de amnistía o autoamnistía.

En tal sentido, el sistema interamericano ha alcanzado un grado apreciable de articulación judicial con ciertos rasgos de un federalismo basado en derechos; federalismo aún en construcción tomando en cuenta el marco teórico -ya citado- de Luigi Ferrajoli. Sin embargo, es innegable la importante apertura internacional de Estados nacionales como el Perú en el continente americano, sin que ello signifique necesariamente –como en Europa- integración. Como bien precisa Diego Valadés, no debe confundirse “*apertura con integración*” (2003: XLV).

Así que consideramos que también nos puede resultar de utilidad un segundo marco teórico –no necesariamente incompatible con el anterior- sobre la naturaleza del sistema interamericano de derechos humanos, y que en los últimos años han desarrollado autores como Armin von Bogdandy, quien postula la gestación en América Latina de un



derecho común que denomina *Ius Constitutionale Commune*. Para este autor, se puede percibir un “constitucionalismo transformador en América Latina. Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho [...] Este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como *Ius Constitutionale Commune*” (Bogdandy 2015: 5-6).

Como sostiene von Bogdandy, si bien “[l]a idea de un constitucionalismo latinoamericano no es nueva [...] el siglo XXI la ha dotado de nuevos contornos en el sentido de un *Ius Constitutionale Commune* [...] Sus características positivas son la combinación de la dogmática del derecho nacional e internacional público, la orientación metodológica hacia los principios, la centralidad de los derechos y la estrategia de perseguir transformaciones de manera incremental” (2015: 6).

Estas tres características positivas bien podrían predicarse del sistema interamericano de derechos humanos, pero nos interesa resaltar la primera: la combinación del derecho nacional con el derecho internacional público o, más específicamente, con el derecho internacional de los derechos humanos. Consideramos que esta combinación o mutua influencia alcanza su máxima realización en el sistema interamericano.

Sobre este punto, Armin von Bogdandy opina en forma similar:

Referirse al fenómeno en tanto que derecho común (*Ius Commune*) se justifica por dos componentes esenciales [...] El primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana. [...] Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público, se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo [...] Esta apertura es entonces expresión de un desarrollo *común*, que además les confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación *común*. [...] Se trata asimismo de un cambio común, ya que vincular el derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho, puesto que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por separado [...] *El Ius Constitutionale Commune* en América Latina representa un enfoque transformador [...] Su sustrato de derecho positivo lo constituye principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Bogdandy 2015: 10, 36)

Es importante precisar que este enfoque teórico del *Ius Constitutionale Commune* no pretende la integración política ni económica, sino tan sólo la mejor realización de los derechos fundamentales tanto en el ámbito nacional como regional:

[N]o tiene como objeto la integración económica o política de Latinoamérica al estilo europeo, tampoco tiene como objeto la formación de un bloque regional ni mucho menos la vieja idea de un gran Estado regional [...] El núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales de las constituciones estatales [...] orientadas hacia la inclusión [...] tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoamericanas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios [...] El eje [...] son los derechos fundamentales y humanos, a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos. (Bogdandy 2015: 15, 17)

Desde esta perspectiva, ciertamente el sistema interamericano constituye el espacio privilegiado –aunque no el único– para la realización de las promesas constitucionales en materia de derechos fundamentales. En primer lugar, porque históricamente el sistema interamericano contribuyó en forma decidida al tránsito de las dictaduras militares o civiles a regímenes democráticos, en los que si bien siguen produciéndose graves violaciones de derechos humanos, en general éstas ahora son fruto de problemas estructurales y ya no resultado de planes centralizados de violaciones sistemáticas como las desapariciones o ejecuciones extrajudiciales.<sup>62</sup>

En segundo lugar, los derechos fundamentales son el eje articulador de este enfoque teórico del *Ius Constitutionale Commune*, tal como lo son también en el sistema interamericano y su consecuente y progresivo proceso de interamericanización de los

---

<sup>62</sup> “En sus inicios, el SIDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de Estado o en el marco de violento conflictos armados internos [...] Luego, durante las transiciones postdictatoriales de la década de 1980 y principios de la de 1990, el SIDH tuvo un sentido más amplio, pues procuró acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario [...] El actual escenario regional es sin duda más complejo [...] Se trata de [...] democracias representativas que han dado algunos pasos importantes, por ejemplo en la mejora de los sistemas electorales, el respeto a la libertad de prensa [...] pero que presentan serias deficiencias institucionales, tales como sistemas de justicia inefectivos, y sistemas policiales y penitenciarios violentos. Se trata de democracias que conviven, además, con niveles alarmantes de desigualdad y exclusión” Abramovich (2009: 97-98).

Estados constitucionales. Como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, en una atmósfera institucional de precarios y limitados intentos de integración política y económica en el continente americano, la tutela de derechos por parte del sistema interamericano constituye –por contraste- un esperanzador proceso de articulación regional que tiene como eje articulador, precisamente, los derechos fundamentales.

En opinión de Armin von Bogdandy, esta centralidad de los derechos se explica en América Latina por tres razones principales:

En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma principalmente en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la piedra angular de la movilización de la sociedad civil. Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, a menudo producto de la lucha de grupos sociales, las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* de una energía de carácter específicamente jurídico. (2015: 17)

Sin duda, algunas de las principales conquistas jurídicas a favor de los derechos fundamentales, han tenido al sistema interamericano como uno de los espacios más propicios para su consagración regional, que luego ha sido –progresivamente- asumida por los sistemas nacionales de justicia, aunque con avances y retrocesos: “algunas innovaciones específicamente latinoamericanas que han sido acogidas internacionalmente, tales como la prohibición de amnistías por violaciones graves de derechos humanos, el feminicidio, la desaparición forzada de personas, así como la protección especial que se le ha dado a migrantes, pueblos indígenas y personas afrodescendientes” (Bogdandy 2015: 18).

Precisamente uno de los rasgos distintivos del *Ius Constitutionale Commune* es la superación de las fronteras de los Estados nacionales:

Otro rasgo particular del *Ius Constitutionale Commune* frente a otros proyectos transformadores más antiguos es la superación del horizonte estrictamente estatal: interrelaciona el derecho constitucional y el derecho internacional público y le atribuye a las instituciones internacionales una medida importante de autonomía [...] la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional son fenómenos bien conocidos en Europa. No obstante, la dinámica de transformación latinoamericana no es sólo un mero ejemplo adicional de cómo

funcionan estos fenómenos sino que goza de destacada originalidad y fuerza innovadora. (Bogdandy 2015: 25-27)

En América Latina esta apertura estatal tiene una atmósfera institucional distinta de integración -más precaria y limitada-, en comparación con la experiencia de la Unión Europea. Esta apertura estatal latinoamericana alcanza su máxima expresión precisamente en relación al sistema interamericano de derechos humanos:

Los países latinoamericanos [...] han decidido más bien abrirse a las normas internacionales de protección de los derechos humanos para así proteger mejor los principios fundamentales de sus propias constituciones. Se puede hablar de una estatalidad abierta doble, ya que los tratados de derechos humanos gozan de otro tipo de incorporación que los tratados de integración económica [...] La primacía del derecho internacional público [...] sólo aplica con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos. (Bogdandy 2015: 27-28)

El protagonismo del sistema interamericano en este proceso de integración latinoamericana en torno a los derechos, también es reconocido por el *Ius Constitutionale Commune*:

El estado de ratificación de los tratados internacionales es heterogéneo en la región, lo cual evidencia que el *Ius Constitutionale Commune* no es un fenómeno uniforme. Sin embargo, sigue estando conformado por un núcleo común: el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sobre todo gracias a la labor de sus instituciones. Su importancia para la región justifica que se hable de una interamericanización de manera similar como se habla de la europeización. (Bogdandy 2015: 30)

Al respecto, nosotros nos inclinamos –como también lo hace Armin von Bogdandy- por denominar a este proceso como de progresiva “interamericanización” de los Estados constitucionales, debido al papel central que en el mismo ha jugado un sistema –así llamado- interamericano de derechos humanos y sus órganos (Comisión y Corte). Un rol mucho más loable en un contexto de fragilidad institucional como el espacio regional de la OEA.

Ello no niega la validez de referirse a este proceso –también- como “convencionalización”, a partir del nombre del principal instrumento del *corpus iuris* interamericano como es la Convención americana de derechos humanos. El problema

con esta última denominación es que podría esgrimirse que no alcanza a los Estados que aún no la han ratificado –como Estados Unidos, Canadá o Venezuela-; en cambio, con el término “interamericanización” se abarca a los 35 Estados parte de la OEA y que, por lo menos, están sometidos a la competencia de la Comisión en virtud de la Declaración Americana y la Carta de la OEA.

Es importante destacar que este protagonismo del sistema interamericano en la construcción de una suerte de derecho y dogmática común en torno a los derechos fundamentales, se debe –entre otras razones- a su apropiación social, esto es, a la activa participación de diversas organizaciones y movimientos sociales que ha empujado a la jurisprudencia interamericana; dinámica apropiación ciudadana que señalábamos al inicio de este capítulo como una suerte de vivir el sistema interamericano. Este rasgo histórico central –sin el cual sería muy difícil de entender el desarrollo alcanzado por este sistema- también es recogido por el *Ius Constitutionale Commune*:

El hecho de que el sistema interamericano se haya convertido en el núcleo normativo del *Ius Commune* no se debe a ninguna característica inherente al mismo; se debe mucho más al respaldo que las fuerzas transformadoras encontraron en él para sus proyectos en el contexto nacional. [...] A su vez, la Corte, en los 173 casos decididos, ha desarrollado una jurisprudencia a la medida de la problemática de la región. No han titubeado en anular leyes de amnistía, darle efectos directos y *erga omnes* a sus decisiones, ni en ordenar medidas específicas. Estas sentencias han desatado una dinámica que ha dado impulso al *Ius Constitutionale Commune* [...] La jurisprudencia de la Corte interamericana depende, primero, del pluralismo social, ya que muchas de sus sentencias paradigmáticas son el fruto del litigio estratégico de agrupaciones de la sociedad civil. Segundo, sus sentencias habitualmente apoyan al pluralismo social o al pluralismo étnico-cultural. (Bogdandy 2015: 30-31, 34)

Este rasgo de “pluralismo dialógico” (Bogdandy 2015: 33) que el *Ius Constitutionale Commune* también le confiere al sistema interamericano, supone no sólo un pluralismo social o cultural sino que también supone en los sistemas nacionales de fuentes de derecho, una diversidad multinivel estatal-internacional en este nuevo escenario de apertura nacional:

El desafío consiste en acomodar cuidadosamente la dinámica transformadora con el entramado institucional y la distribución de competencias a nivel estatal. Aquí encuentra aplicación la tercera definición del concepto de pluralismo, si bien otros conceptos

compiten por describir la situación, como por ejemplo: redes de colaboración horizontal, trapecio, redes constitucionales, normativismo supranacional, transconstitucionalismo [...] Los representantes del *Ius Constitutionale Commune* optan por el pluralismo dialógico y así reconstruyen la interacción entre la Corte interamericana y los tribunales nacionales. (Bogdandy 2015: 35-36)

De esta manera, el tradicional diseño vertical y piramidal del sistema de fuentes del derecho, abre paso a otro más complejo y de contornos dúctiles, caracterizado por una combinación de horizontalidades y verticalidades y sin una forma geométrica predeterminada, que inclusive permite hablar hoy en día de diversos “niveles supranacionales de democracia”<sup>63</sup>.

Ello invita, entre otras consecuencias, a una mayor articulación entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales; si bien “[l]os mecanismos de integración política y económica son considerados poco prometedores. La esperanza yace más bien en un constitucionalismo de raíces regionales basado en derechos humanos con protección supraestatal” (Bogdandy 2015: 37)<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> “La imagen del derecho internacional que expresa el pluralismo de los ordenamientos que lo componen es, por el contrario, la de una red compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos. A ello se debe que el de la garantía de niveles supranacionales de democracia sea el gran problema que hoy se plantea a la reflexión teórica” Ferrajoli (2011b: 475).

<sup>64</sup> En relación a esta naturaleza “supraestatal” del sistema interamericano, a lo largo de la presente investigación algunos comentarios repararon que no debía calificarse al sistema interamericano como “supraestatal” sino simplemente como internacional, pues la supraestatalidad o supranacionalidad estaría reservada a experiencias de integración regional como la europea comunitaria. Sin embargo, Armin von Bogdandy da cuenta, en relación a los sistemas de justicia internacional, que “[c]on bastante frecuencia, las instituciones internacionales que he mencionado son denominadas supranacionales. Claro está que el entendimiento que se tiene de la supranacionalidad no es el mismo que impera en Europa, el cual está íntimamente relacionado con la Unión Europea. La utilización latinoamericana del término es más flexible, ya que aborda de manera mucho más abstracta la cuestión de la superación de la concepción contractualista y horizontal del derecho internacional. Por esta razón muestra un potencial generalizador mayor” (2015: 32-33).

## Capítulo 2

### Los derechos humanos como eje articulador de la “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú

Tal como ya adelantamos en la introducción de la presente tesis, este capítulo también se desarrollará tomando en cuenta dos ámbitos del derecho diferentes pero que en los últimos años han dado sustanciales pasos de acercamiento: el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>65</sup>. En este paulatino proceso de “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú, el eje articulador ha sido y son los derechos humanos. Desde una perspectiva post positivista, el Estado constitucional dejaría de ser tal si es que, entre otros supuestos hipotéticos, el Perú se retirara del Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y pretendiera desconocer un conjunto de derechos fundamentales.

Como se sabe, el sistema interamericano ha consagrado y desarrollado un conjunto de derechos humanos que expresan, a su vez, la asunción de una suerte de conciencia ética o moral mínima interamericana, esto es, un conjunto de valores para poder hablar propiamente de democracia y Estado constitucional en el continente: vida, libertad de expresión, elecciones periódicas y alternancia en el poder, dignidad de la persona, proscripción de todo tipo de discriminación, protección judicial y debido proceso, acceso a servicios básicos de salud y educación, libertad sindical, entre otros.

Consideramos que no es conveniente determinar *ex ante* y en forma abstracta una lista de derechos interamericanos que formarían parte de ese conjunto de derechos sin los cuales no podría predicarse de un Estado su condición de “constitucional” en el ámbito interamericano, pues inevitablemente dicho corpus de derechos se verá influenciado por el momento histórico y el caso concreto. En ese sentido, resulta indudable que el Perú de los noventa –con Fujimori y Montesinos gobernando- no calificaba como “Estado constitucional” desde la perspectiva de la conciencia moral interamericana plasmada en

---

<sup>65</sup> Así, en los últimos años se habla, se ha escrito y ha habido encuentros internacionales, sobre dos procesos simultáneos y complementarios: la internacionalización del derecho constitucional y, a la vez, la constitucionalización del derecho internacional. Esto viene generando una creciente “circularidad [...] entre ambas ramas del derecho” (Torres 2013: 24).

un conjunto de derechos fundamentales o que la Venezuela de hoy en día tampoco califica como tal.

## **2.1. Enfoque del constitucionalismo multinivel para la articulación contemporánea del derecho nacional e internacional**

En Europa continental, teniendo como gran telón de fondo el extendido y complejo proceso de integración europea, una corriente dentro del derecho constitucional ha venido impulsando nuevos enfoques doctrinales para entender el entramado de relaciones y tensiones entre los diferentes niveles normativos que ahora regulan los derechos fundamentales y otras áreas jurídicas relevantes: el derecho estatal, el derecho comunitario y el derecho de los derechos humanos.

De esta manera, se habla del surgimiento de un constitucionalismo multinivel como el mejor camino para entender esta diversidad de fuentes normativas que superan al ya clásico Estado nacional y soberano y que, en el plano político sugiere “una democracia fundada, tanto en los niveles de los ordenamientos estatales como en el del ordenamiento internacional” (Ferrajoli 2011a: XI).

La invocación de un constitucionalismo multinivel revela así no sólo la ya anotada relativización del Estado nacional y soberano, sino también la “devaluación del monopolio estatal de la producción jurídica” (Ferrajoli 2011a: 884), pues ahora, por un lado, al interior de los Estados se reconocen otras fuentes como el derecho indígena y, por otro lado, en el ámbito internacional los Estados se adecúan –cada vez más- a normas y tribunales por fuera de los mismos, no sólo en materia de derechos humanos sino en otros terrenos como la resolución de conflictos comerciales o de inversión extranjera.

Como afirma Ferrajoli, “una parte relevante de los poderes normativos, tanto públicos como privados, están desplazados fuera de los confines estatales y de los respectivos ordenamientos” (2011a: 884). Esto, que ciertamente resulta positivo cuando pensamos en organismos internacionales en cuyo seno se han aprobado valiosos instrumentos en materia de derechos humanos (Naciones Unidas, Unión Europea, Organización de Estado Americanos, entre otros), no lo es necesariamente cuando ponemos atención a



otros poderes fácticos que también se han internacionalizado o desnacionalizado de la mano de la economía y la tecnología y que han propiciado una agresiva globalización económica, empresarial y de las comunicaciones, pero no necesariamente del derecho<sup>66</sup>.

Esta situación ha sido calificada por Ferrajoli como la “*ley mercatoria*” que es la que – él sostiene- predomina en el actual mundo globalizado:

En el plano de las relaciones civiles y económicas, esta ausencia de una esfera pública global se traduce en la falta de límites al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados [...]. En suma, la *lex mercatoria* se afirma como la nueva Grundnorm del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino ésta la que gobierna a aquella. (2011b: 517)

Esta *lex mercatoria* tiene cinco efectos en la relación entre el Estado y el mercado: i) Concentración y confusión de poderes, ii) Reducción del derecho a mercancía, iii) Formación de un mercado trucado, iv) Explotación ilimitada del trabajo y v) Destrucción irreversible del ambiente<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Refiriéndose al orden internacional, Ferrajoli ha sostenido que “en parte tiene carácter público, al estar constituido por tratados y convenciones internacionales, pero que en gran parte es de origen privado, como producido por el mercado y, de hecho, por las empresas transnacionales” (2011b: 514).

<sup>67</sup> “El primero de ellos es la tendencial concentración y confusión de poderes; no sólo las concentraciones mono u oligopolistas de los poderes económicos, en particular en sectores como las comunicaciones y la información televisiva, sino también la confusión entre poderes económicos y poderes políticos [...] una creciente reducción de la esfera pública, como conjunto de funciones en garantía de todos, en beneficio de la correlativa expansión de la esfera privada del mercado [...]. El segundo efecto [...] consiste en la progresiva reducción del derecho a mercancía. Otra consecuencia de la globalización, a falta de una esfera pública mundial, es la imposibilidad para los Estados de controlar la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Sobre todo en los países pobres, con el fenómeno de la llamada ‘competencia entre ordenamientos’ subsiguiente a la libre circulación de capitales e inversiones [...] Los Estados ya no garantizan la competencia entre las empresas, sino que, al contrario, son las grandes empresas multinacionales las que ponen a éstos a competir, premiando en realidad a los ordenamientos más ventajosos para ellas y menos convenientes para las personas [...]. El tercer efecto, igualmente ligado al potente condicionamiento de los poderes políticos por parte de los poderes económicos, es la formación de un mercado trucado. La contradicción patente en las políticas de los países occidentales consiste en el hecho de que pretenden de los países pobres la apertura de mercados para sus productos [...] mientras practican un rígido proteccionismo a favor de sus productos [...]. El cuarto efecto de la globalización sin reglas es la explotación ilimitada del trabajo [...] trabajo precario y a menudo clandestino de los inmigrantes [...]. Hay un último efecto de la actual globalización sin reglas, quizá el más grave y devastador, que es la destrucción, en gran medida irreversible, del ambiente natural” (Ferrajoli 2011b: 517-520).

Para hacer frente a esta nueva realidad mundial, Ferrajoli postula que debemos tener como norte la construcción de una “esfera pública global”: “en esta época de la globalización una defensa y una refundación de la democracia y del estado de derecho sólo son posibles a través de la institución de nuevos nexos o vínculos entre los modernos poderes extra- o supraestatales y nuevas fuentes de legitimación, formal y sustancial, situadas en su nivel de ejercicio: en pocas palabras, a través de la construcción de una esfera pública global que esté a su altura” (2011a: 885).

Esta “esfera pública global” debería servir, según Ferrajoli, para que:

[L]as funciones de gobierno y de garantía destinadas a la defensa de la paz, la seguridad, el medio ambiente y los derechos humanos... sólo pueden ejercerse seriamente en el plano internacional [...] En la época de la globalización el futuro de un país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes políticas extra- o supraestatales o de poderes económicos y financieros globales. (2011b: 471 y 512).

Este nuevo contexto internacional en el que se mueven ahora los Estados nacionales, plantea una interrogante válida: “¿Es posible una democracia sin Estado?” (Ferrajoli 2011b: 512). Al respecto, Ferrajoli ensaya una respuesta en perspectiva histórica:

El Estado está actualmente en crisis, por arriba y por abajo [...] la crisis sólo puede ser superada en sentido progresivo si se toma conciencia de la creciente pérdida de importancia de esas formaciones históricas que son los Estados soberanos y se desplazan los espacios de las garantías constitucionales haciéndolos coincidir con las sedes políticas y decisionales en sus diversos niveles [...] Un constitucionalismo multinivel sin Estado –más allá del Estado-<sup>68</sup> (Ferrajoli 2011b: 540).

En el ámbito americano, si bien consideramos pertinente que el constitucionalismo también se vaya adecuando a esta nueva realidad multinivel en la producción normativa y en la consagración y tutela de los derechos fundamentales, a la vez consideramos que debemos matizar esta última expresión del profesor Ferrajoli en el sentido de un

---

<sup>68</sup> Subrayado nuestro.

“constitucionalismo multinivel sin Estado –más allá del Estado”. En primer lugar, nos da la impresión que el mismo autor intenta -al final del texto citado- matizar su inicial y controversial expresión de “constitucionalismo multinivel sin Estado”, precisando que lo que quiere dar a entender es un constitucionalismo multinivel “más allá del Estado”.

Ciertamente que esta precisión es clave pues el enfoque del constitucionalismo multinivel no postula la desaparición de los Estado nacionales, sino su incardinación y reinterpretación en una realidad jurídica de diversos niveles de producción normativa y tutela de derechos fundamentales. Al respecto, en su libro “Derecho y Globalización” William Twining ensaya una caracterización del proceso contemporáneo de globalización y, en relación a los Estados nacionales afirma que “si bien los Estados-Nación no constituyen hoy los únicos agentes transnacionales significativos, resulta poco plausible pensar en su desaparición o en su subsunción por alguna forma de gobierno mundial en el futuro próximo” (2003: 120).

En segundo lugar, el mismo Ferrajoli sostiene que pese a la existencia de organizaciones internacionales que han externalizado la consagración y tutela de derechos fundamentales como Naciones Unidas, la soberanía nacional sigue siendo un centro de poder muy fuerte que con frecuencia hace naufragar los intentos internacionales de protección de la paz o los derechos de miles de personas: “[t]ambién la Organización de Naciones Unidas, a pesar de su inspiración y de su vocación universalista, sigue estando condicionada no sólo en el plano de los hechos sino también en el plano jurídico, por el principio de la soberanía de los Estados” (2004: 146).

Por otro lado, tal como sostiene Rafael Bustos, si bien no se desconoce “la creciente emergencia de un constitucionalismo global que incluiría instituciones internacionales universales (sobre todo Naciones Unidas) [...] Sin embargo, este proceso de creación de una suerte de constitucionalismo global presenta muchísimas particularidades, muy diversos grados, y, sobre todo, un nivel de aceptación muy variable entre los Estados” (2005: 121-122).

En tercer lugar, en el caso del continente americano, a diferencia del proceso de integración europea, no existe un espacio de integración continental. La Organización de Estados Americanos (la OEA) no puede ser considerada como un espacio de

integración regional, sino tan sólo una precaria instancia de cooperación y debate entre los Estados de las Américas y el Caribe, con escasez de recursos y déficit de legitimidad.

Por el contrario, los esfuerzos de integración, básicamente económica, se han dado a nivel sub-regional, con diversos grados de éxito: el Mercado común del sur (Mercosur) para los países del cono sur, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) para los países de la región andina a excepción –ahora- de Venezuela, la Comunidad del Caribe (Caricom) para los países del Caribe, el Sistema de integración centroamericana (SICA) para los países de América central, la Alianza del Pacífico de México, Colombia, Perú y Chile y la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), que intenta ser un espacio de integración política.

Esto es muy importante tomarlo en cuenta porque gran parte de la bibliografía sobre constitucionalismo multinivel o en red, ha tenido como atmósfera institucional el extendido y complejo proceso de integración europeo que, pese a sus dificultades y reveses, sigue plenamente vigente.

Por ello coincidimos con Rafael Bustos cuando afirma que:

[L]a integración entre los Estados europeos es la forma más desarrollada de supraestatalidad en el ejercicio de poderes [...] evidentemente centrarnos en el ámbito europeo no significa rechazar de antemano la posible extensión de las conclusiones que aquí se alcancen a ámbitos de ejercicio supraestatal del poder territorialmente más amplios. Significa, solamente, que cualquier extensión de tales conclusiones [...] requeriría un estudio monográfico. (2005: 122)

En consecuencia, en ese marco de precaria institucionalidad internacional que aún es –lamentablemente- la OEA, se inserta el sistema interamericano de derechos humanos, que si bien ha contribuido enormemente a la externalización de la consagración y tutela de los derechos fundamentales en el continente, no puede ni debe prescindir de los Estados nacionales para ello.

Como se sabe, el sistema interamericano es, por definición, subsidiario o residual en relación a los sistemas nacionales de justicia, en el sentido que sólo si los derechos

fundamentales no encuentran tutela a nivel estatal nacional, los órganos del sistema interamericano podrán intervenir. De esta manera, los estándares interamericanos deben ser invocados y aplicados –como primera frontera- por los propios tribunales nacionales.

Ello ha generado en los últimos años y en forma creciente, una articulación entre las altas Cortes nacionales (Cortes supremas y Tribunales o Cortes constitucionales) y la Comisión y la Corte interamericanas; articulación que, sin embargo, no ha estado exenta de tensiones. Así, cuando estos poderes judiciales nacionales desarrollan derechos que han sido reconocidos previamente en el ámbito interamericano, desde el nivel estatal están contribuyendo a construir un constitucionalismo multinivel que, sin negar las soberanías nacionales, las incorporan en un paisaje normativo mucho más amplio con diversos niveles de producción y tutela jurídica en materia de derechos fundamentales.

Por ello es que coincidimos con William Twining cuando sostiene, en torno a la relación derecho y globalización, que “el derecho se ocupa de ordenar las relaciones entre los agentes o las personas (humanas, jurídicas, etc.) en una amplia variedad de niveles, y no solamente aquellas que tienen lugar dentro de un Estado o sociedad singularmente considerados” (2003: 121).

De ahí que uno de los retos en esta nueva atmósfera institucional interamericana de diversos niveles de consagración normativa de los derechos fundamentales, será construir una lubricada articulación entre los tribunales nacionales y los órganos del sistema interamericano, para el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales en nuestro Estado constitucional en diversos niveles que, en ocasiones armonizarán y en otras podrán entrar en tensión. Usando la expresión de William Twining, el reto creciente será realizar una suerte de “cartografía global del derecho” (2005: 124) en materia de derechos fundamentales en el ámbito interamericano.

## **2.2. La internacionalización de los derechos en el Estado constitucional**

Diversos autores se han ocupado los últimos años, por un lado, de la crisis del Estado nacional y de la idea de soberanía y, a su vez, de la progresiva internacionalización del Estado constitucional en la consagración y tutela de los derechos fundamentales. Por

ello, uno de los ejes principales de este proceso de internacionalización del Estado constitucional en el continente americano han sido precisamente los derechos humanos.

Al respecto, César Landa sostiene que “[e]l modelo contemporáneo de Estado constitucional establece una serie de fundamentos intrínsecos, entre los que se encuentra la apertura constitucional a los sistemas de fuentes de derecho internacional. De hecho, en Latinoamérica la creación y consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es una muestra de dicho proceso” (2014: 219).

En este punto es inevitable hacer referencia a la denominada crisis contemporánea del Estado nacional, respecto de la cual Ferrajoli sostiene que “[h]ay [...] un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes” (2004: 16), lo que ha generado –según el autor– la “*desnacionalización*” de los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

Este asedio de la soberanía nacional, desde ambos frentes interno y externo, también es desarrollado ampliamente por Gustav Zagrebelsky en su obra “El Derecho dúctil”<sup>70</sup>.

Jürgen Habermas también se ha referido a este proceso de erosión del Estado nacional. En su discurso ante el Congreso mundial de filosofía celebrado en Atenas (Grecia) en agosto del 2013, abogó por una “democracia supranacional” con el fin de reforzar la legitimidad democrática del proceso de integración europeo: “La crisis europea muestra que este camino hacia la democracia supranacional no es nada fácil. Sin una política económica y fiscal común que posteriormente debería extenderse a otras áreas, como la política social, la Unión Europea no será capaz de volver a la estabilidad en un futuro cercano” (Radio Programas del Perú 2013).

---

<sup>69</sup> “[T]endrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades” (Ferrajoli 2004: 57).

<sup>70</sup> “Desde fines del siglo XIX actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso. La progresiva institucionalización de ‘contextos’ que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares” (Zagrebelsky 1995: 11).

Se da cuenta así, de un progresivo proceso de internacionalización de los Estados constitucionales y el reconocimiento y protección supranacional de derechos y, simultáneamente, del retroceso de las soberanías nacionales a favor de un nuevo orden internacional luego de la segunda guerra mundial, que se condensó en la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948<sup>71</sup> y que, en el caso del continente americano, se concretó en la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre suscrita ese mismo año.

Por su parte, el establecimiento de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (la OEA), apuntó a darle sustento orgánico y hacer cumplir las dos normas fundamentales a las que los Estados nacionales sometieron –al menos formalmente- parte importante de su soberanía a partir de ese momento: el mantenimiento de la paz mundial y la vigencia de los derechos consagrados internacionalmente.

Este proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, sin embargo, no ha sido lineal; por el contrario, ha experimentado y experimenta avances y retrocesos pero, el balance de sus primeros 60 años de existencia, arroja un resultado positivo aunque claramente insuficiente en la protección de los derechos y el mantenimiento de la paz<sup>72</sup>.

Es evidente que el derecho internacional de los derechos humanos no ha podido evitar terribles conflictos bélicos ni tampoco la masiva violación de derechos humanos en todo el mundo pero, a la vez y paradójicamente, ha logrado desarrollar una creciente conciencia jurídica universal, que se ha plasmado en un mejor contenido y exigibilidad de muchos derechos fundamentales, tanto civiles como sociales. Así por ejemplo, el extraordinario –aunque aún insuficiente- desarrollo de los derechos de las mujeres o de

---

<sup>71</sup> “[L]a Carta de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la Declaración Universal de derechos del hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas... Estos dos documentos transforman por lo menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. Por ellos la soberanía externa del Estado —en principio— deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos” (Ferrajoli 2004: 144, subrayado nuestro).

<sup>72</sup> “No obstante, el viejo principio vitoriano de la igual soberanía de los Estados, refrendado por el artículo 2 de la Carta, se encuentra hoy más que nunca desmentido por su desigualdad concreta, fruto inevitable de la ley del más fuerte, y por tanto también por la existencia de soberanías limitadas, disminuidas, dependientes, endeudadas, diferenciadas” (Ferrajoli 2004: 148).

los pueblos indígenas en los últimos 30 años, no puede entenderse sin este proceso de internacionalización.

A partir de los ochenta, este complejo proceso de internacionalización del Estado constitucional contó, además, con un poderoso componente adicional: la globalización<sup>73</sup> de la economía, de las comunicaciones, de la tecnología, aunque también del crimen organizado y de la degradación ambiental.

Al respecto, coincidimos con Ferrajoli cuando constata que:

[H]oy el paradigma del viejo Estado soberano ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto [...] es demasiado pequeño para las funciones de gobierno y de tutela que son imprescindibles ante los procesos de internacionalización de la economía y ante las siempre más tupidas redes de interdependencia que condicionan de forma ya irreversible la vida de todos los pueblos del mundo [...] Ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional. (2004: 150-151)<sup>74</sup>

Estos nuevos poderes globales a los que hoy en día hay que hacerles frente globalmente también, son –en parte– los que Ferrajoli denomina “poderes salvajes” (2011) de la

---

<sup>73</sup> Sobre el término “globalización”, William Twining da cuenta que “[l]a literatura acerca de la globalización es casi tan confusa como los procesos que busca interpretar [...]. Sin embargo, si uno logra disipar la niebla que cubre esta literatura exaltada y altamente repetitiva, parece posible apreciar en ella algunos puntos de encuentro ampliamente aceptados: primero, que lejos de ser un fenómeno novedoso la “globalización” posee una larga historia que se extiende por lo menos dos siglos atrás; segundo, que las relaciones entre el nivel local y el nivel global tienen lugar mediante procesos de gran fluidez y complejidad; tercero, que en algunas áreas, tales como las comunicaciones y la ecología, están ocurriendo en verdad progresos importantes; cuarto, que el significado de los límites nacionales está cambiando de manera radical; y quinto, que, si bien los Estados-Nación no constituyen hoy los únicos agentes transnacionales significativos, resulta poco plausible pensar en su desaparición o en su subsunción por alguna forma de gobierno mundial en el futuro próximo. En este contexto, el término ‘globalización’ se refiere a aquellas tendencias y procesos que están haciendo del mundo un lugar más interdependiente” (2003: 119-120, subrayado nuestro).

<sup>74</sup> Subrayado nuestro.



política, del mercado y de la información, por la creciente dificultad para limitarlos y regularlos en el ámbito nacional<sup>75</sup>.

Esta expresión de “poderes salvajes” de Ferrajoli se inspira en Kant, según señala el propio autor: “La expresión ‘poderes salvajes’ alude claramente a la ‘libertad salvaje y sin ley’ de la que habla Kant como poder del más fuerte, en cuanto no sujeto a límites y a reglas, que inevitablemente se afirma en el estado de naturaleza, por la falta de los límites jurídicos que caracterizan al ‘estado jurídico’ o de derecho”<sup>76</sup>.

Como señalamos al inicio de este subcapítulo, los derechos humanos se ubican así en el centro de este proceso de internacionalización del Estado constitucional, en el sentido que ahora no sólo constituyen límites internos (nacionales) a los poderes públicos o privados, sino también límites externos por fuera de las fronteras nacionales, que los Estados deben observar.

En ese sentido, Ferrajoli sostiene que:

[L]os derechos fundamentales se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos... Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son “fundamentales” no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional. (2004: 42 y 55)<sup>77</sup>

En conclusión, este proceso de internacionalización del Estado constitucional, que tiene a los derechos humanos en el centro, es uno de los senderos por los que viene transitando este paradigma estatal contemporáneo. Un camino con un paisaje cada vez

---

<sup>75</sup> En *Principia iuris*, Ferrajoli vuelve sobre esta idea de poderes salvajes y la ausencia de una esfera pública global para señalar: “la casi total ausencia de una esfera pública global garante de la paz y de los derechos humanos deja vía libre al desarrollo incontrolado de poderes salvajes, sean políticos o económicos” (2011b: 548).

<sup>76</sup> Ferrajoli (2011b: 45-46, nota al pie N° 2).

<sup>77</sup> Subrayado nuestro.

más internacional y, en el caso de las Américas, un paisaje constitucional cada vez más interamericano<sup>78</sup>.

En palabras de Ferrajoli, esta internacionalización es una de las direcciones hacia las cuales debe seguir dirigiéndose el paradigma de la democracia constitucional:

[E]l paradigma de la democracia constitucional es aún un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: 1) ante todo, para garantizar todos los derechos, no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no sólo del Estado, sino también del mercado; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del derecho internacional. (2002: 16-17)<sup>79</sup>

Coincidimos también que el derecho constitucional –a la par– viene evolucionando en esa triple dirección ya señalada por Ferrajoli: “El futuro del constitucionalismo jurídico, y con éste de la democracia, depende [...] de una triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, en adición al de corte liberal, hacia un constitucionalismo de derecho privado, en adición al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, en adición al estatal” (2002: 12).

Precisamente, esa evolución ha supuesto un creciente diálogo entre dos corrientes del pensamiento jurídico: el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos y, nuevamente, en el caso de las Américas, con el derecho interamericano.

---

<sup>78</sup> Inclusive, hay autores que sostienen que es de tal magnitud la penetración de los derechos humanos en el Estado constitucional, que este último bien podría comenzar a llamarse “Estado de los derechos”: “Este cambio de paradigma también puede reflejarse en lo que se conoce como el Estado constitucional de derecho... y que ahora con la presencia omnipotente y ubicua de los derechos humanos, nosotros podríamos calificar de Estado de los derechos [...] el intérprete del Estado de los derechos deberá comenzar su actividad a partir de los derechos humanos, cualquiera sea su fuente, y de conformidad con los valores que estos derechos encarnan” (Aguilar 2007: 226).

<sup>79</sup> Subrayado nuestro.

Compartimos así la opinión creciente de diversos autores en el continente, como Gonzalo Aguilar, que hablan de una interacción creciente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional:

[I]nteracción cada vez mayor entre el derecho internacional y el derecho constitucional. Esta interacción [...] se produce en amplios ámbitos [...] pero, particularmente, en la esfera relativa a los derechos humanos [...] la penetración del derechos internacional de los derechos humanos en la esfera constitucional se ve reflejada, entre otros ámbitos, en las fuentes del derecho constitucional [...] a través del derecho constitucional hay un proceso gradual y continuo de penetración de las normas, principios y estándares de ordenamiento jurídico internacional en el derecho nacional. (2007: 223-225)<sup>80</sup>

### **2.3. Los derechos humanos como eje articulador de la “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú**

Tal como ya hemos señalado, desde una perspectiva post positivista, ciertos derechos humanos constituyen un conjunto prácticamente inderogable, cuya derogación acarrearía que dicho Estado constitucional deje de ser tal<sup>81</sup>. En el caso de los Estados constitucionales de las Américas, ese conjunto prácticamente inderogable de derechos humanos, es el núcleo consagrado en el corpus iuris interamericano, esto es, la Declaración, la Convención y los protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte interamericana y los informes de la Comisión<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Sólo un matiz con el autor citado: considero que, en efecto, esta irrupción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional altera los criterios de articulación de las fuentes de derecho, pero no considero que altere el orden jerárquico de las mismas, pues soy de la opinión que la relación entre el derecho nacional e internacional no es de jerarquía sino de aceptación voluntaria.

<sup>81</sup> “En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios y que, en consecuencia, son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional” (Aguiló, 2011: 62)

<sup>82</sup> Es importante precisar, sin embargo, que este conjunto de derechos convencionales de difícil derogación, hacen reconocibles a los Estados constitucionales sobre todo de América Latina. No podemos afirmar lo mismo en el caso de los Estados de tradición jurídica del *common law* (Estados Unidos, Canadá y algunos anglófonos del Caribe) que son los que, precisamente, aún no han ratificado la Convención americana y otros instrumentos interamericanos.

Al respecto, estos derechos son prácticamente inderogables porque si bien, en teoría, los instrumentos interamericanos podrían ser modificados por los propios Estados, en la práctica eso es extremadamente difícil que ocurra no sólo porque requiere excepcionales condiciones de consenso político continental, sino también porque los propios instrumentos contemplan reglas y criterios muy estrictos para su modificación.

Consideramos que este contenido prácticamente inderogable de derechos fundamentales, son el sustento inicial que ha dado pie –con posterioridad y entre otros aspectos-, al desarrollo del control de convencionalidad por parte de la Corte interamericana y que, en síntesis, supone que las leyes y decisiones administrativas o judiciales nacionales, deben ajustarse a los estándares interamericanos en materia de derechos fundamentales.

Este contenido casi inderogable de derechos fundamentales expresan los valores que una conciencia ética o moral interamericana quiso consagrar en las Américas luego de la segunda guerra mundial<sup>83</sup>. Este contenido de derechos se ha ido forjando y ampliando con el correr de los años gracias a la sostenida práctica de la Comisión y de la Corte interamericanas -en el sentido de “práctica social” que desarrolla Manuel Atienza<sup>84</sup>-, que no sólo se ha quedado en el ámbito de ambos órganos interamericanos sino que se ha ido irradiando hacia los tribunales judiciales nacionales, Parlamentos, Gobiernos, órganos constitucionales autónomos, academia, abogados y movimientos sociales.

Al respecto, Rodrigo Uprimny constata que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas o reformas constitucionales recientes, supusieron una apertura al derecho internacional de los derechos humanos y que ha llevado a los jueces nacionales

---

<sup>83</sup> Sobre el desarrollo y la evolución de los derechos civiles hacia los derechos sociales –ambos reconocidos en el sistema interamericano, aunque es verdad aún con mayor énfasis los primeros que los segundos-, Carlos Ruiz Miguel sostiene que históricamente “[e]l Estado liberal, amenazado en sus fundamentos por las nuevas ideas del socialismo y por importantes fracturas sociales, intentará integrar en su seno a los sectores que se van alejando progresivamente de él. Ahí radica el ‘telos’ del Estado social” (Ruiz 2003: 2011).

<sup>84</sup> “[E]l Derecho debemos verlo no sólo como un sistema de normas, sino también como una práctica social; que esa práctica es sumamente compleja y heterogénea y que no puede reducirse en absoluto a la judicial (de esa práctica forma parte también la de los abogados, los legisladores, la administración, los particulares)” (Atienza 2011: 76).

a la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos a través de figuras como el bloque de constitucionalidad. Al respecto, dicho autor sostiene que:

[E]l reconocimiento de la multiculturalidad [...] y de las competencias propias de la jurisdicción indígena, junto con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, se ha traducido en un pluralismo acentuado en América latina, que ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel central que tenía en el pasado la ley [...] las fuentes jurídicas se han multiplicado, haciendo más complejo el derecho, puesto que para conocerlo no basta consultar la ley –que obviamente sigue teniendo un papel importante–, pues hay que recurrir también a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos junto con el reconocimiento de los derechos indígenas. (Uprimny 2011: 113)<sup>85</sup>

En este proceso evolutivo de construcción dinámica del contenido de los derechos convencionales, la Declaración y la Convención americanas constituyeron sólo el punto de inicio, a partir del cual se echó a andar lo que Josep Aguiló denomina “práctica constitucional” (2011: 57) y que en este caso nosotros podríamos denominar práctica interamericana.

Estamos convencidos que los autores de la Declaración y la Convención americanas, jamás imaginaron el desarrollo y la trascendencia que tendría el sistema de derechos que fundaron, pero ello no invalida en absoluto este proceso evolutivo sino que confirma el carácter dinámico del mismo; en clave interamericana podríamos decir que ha sido una manera de vivir en Convención Americana.

En este punto es pertinente hacer mención a la reflexión que Luigi Ferrajoli hace en torno a la creación de las Naciones Unidas y el punto de inflexión que ello significó para la conciencia jurídica universal luego del horror de las dos guerras mundiales:

[L]a Carta de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la Declaración Universal de derechos del hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas [...] Estos dos documentos transforman por lo menos en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado

---

<sup>85</sup> Subrayado nuestro.

de naturaleza al estado civil. Por ellos la soberanía externa del Estado —en principio— deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos [...] La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma —el modelo de Westfalia [...]. Representa un auténtico pacto social internacional —histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema pacticio, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal. (2004: 144-145)

A propósito de esta conciencia jurídica universal de derechos que, en el ámbito interamericano se plasman en la Declaración americana, la Convención americana y los protocolos adicionales, a continuación desarrollamos dos concreciones que evidencian esta “interamericanización” de los Estados constitucionales de América Latina y el papel central que han tenido los derechos humanos en dicho proceso: i) el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional en los procesos ante la Corte interamericana y ii) la consolidación y expansión del control de convencionalidad por parte de la Corte interamericana y las altas cortes nacionales.

### **2.3.1. El individuo como sujeto de derecho en los procesos ante la Corte interamericana, desde la perspectiva de Antonio Cançado Trinidad**

Tal como se solía aprender en las Facultades de Derecho, el derecho internacional público tenía tradicionalmente al Estado nacional como actor central de las relaciones jurídicas internacionales y eso se reflejaba —y se refleja aún— en los organismos internacionales, en los que los Estados y no los individuos, han sido y son los sujetos de derecho.

En esa atmósfera institucional del derecho internacional público, surgió y fue desarrollándose —cada vez más— el derecho internacional de los derechos humanos que, poco a poco, ha ido distanciándose de la postura clásica del derecho internacional de considerar al Estado nacional como el único sujeto de derecho de las relaciones internacionales, y postula que el derecho internacional debe re-enfocar, re-centrar su

atención en la persona humana como sujeto de derecho –en adición y no en sustitución del Estado nacional-, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin duda, uno de los autores que más ha impulsado esta corriente de pensamiento en el sistema interamericano, ha sido el ex juez y ex presidente de la Corte interamericana de derechos humanos, Antonio Cançado Trindade, para quien “la nueva razón de humanidad pasa a primar sobre la vieja razón de Estado [y, por ende] [I] a construcción de este nuevo *jus gentium* requiere hoy día, de inicio, una reevaluación de todo el *corpus juris* del Derecho Internacional, con atención especial a los problemas que afectan a la humanidad como un todo” (2003: 38)<sup>86</sup>.

Para este autor, ya “existe una verdadera línea de evolución que ha transformado a los individuos en verdaderos sujetos del Derecho internacional de los derechos humanos, dotados de plena capacidad jurídica para actuar (*legitimatío ad causam*) en el plano internacional” (Trindade 2003: 20)

Así, bajo el liderazgo de Cançado Trindade, la reforma del reglamento de la Corte interamericana aprobada el 24 de noviembre del año 2000 y que entró en vigencia el 1° de junio del año 2001, contempló la posibilidad que las víctimas intervinieran en el proceso judicial que se inicia una vez interpuesta la demanda por parte de la Comisión interamericana ante la Corte, durante todas las etapas del proceso. A partir de esa reforma reglamentaria, las víctimas han adquirido la calidad procesal de co-demandantes –junto con la Comisión- cada vez que se abren las puertas de la Corte<sup>87</sup>.

Evidentemente, la Comisión y los Estados, siguen siendo los únicos que pueden abrir las puertas de la Corte, pues para modificar ello se requeriría reformar la Convención americana. Pero una vez interpuesta la demanda ante la Corte, la persona (la víctima)

---

<sup>86</sup> Subrayado nuestro.

<sup>87</sup> “[C]on el Reglamento del 2000 de la Corte interamericana, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante **todo** el proceso ante el Tribunal [...] Con el otorgamiento del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas [...] en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado” (Trindade 2003b: 50).

pasa a ser un actor procesal más, con una tendencia por parte de la Corte –inclusive- de ir desplazando parcialmente a la Comisión en beneficio de la víctima.<sup>88</sup>

¿Cuáles son los argumentos jurídicos que se han esgrimido para esta evolución del derecho internacional a favor del individuo que, tal como hemos señalado, ya se ha plasmado en el reglamento de la Corte interamericana? El hilo conductor de esta argumentación –otra vez de la mano de Cançado Trindade- es que “[a]l reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional. Es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad” (2003b: 60)<sup>89</sup>.

A partir de esta constatación de incongruencia entre, por un lado, el amplio reconocimiento de derechos a los individuos y, por otro lado, la insuficiente capacidad procesal reconocida a los mismos para poder defenderlos a nivel internacional, Cançado Trindade desarrolla tres argumentos jurídicos que van desde los antecedentes históricos y normativos hasta el análisis de los instrumentos interamericanos mismos.

En primer lugar, Cançado sostiene que:

No hay que olvidarse que el positivismo jurídico dotó al Estado de “voluntad propia” y redujo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos “concedía” [...] la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el Derecho Internacional, negando *jus standi* a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad verdaderamente internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a derecho meramente interestatal, no más por encima sino entre Estado soberanos (2003b: 55-56).<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> “Con este relevante avance, queda en fin aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado y, sólo procesalmente, la CIDH” (Trindade 2003b: 50).

<sup>89</sup> Subrayado nuestro.

<sup>90</sup> Subrayado nuestro.



De esta manera, Cançado Trindade parte de la idea que el positivismo jurídico distorsionó el derecho internacional público y erigió a los Estados nacionales como sujetos del derecho internacional, desplazando a los individuos. A nivel doctrinal, esta situación comienza a ser puesta en tela de juicio a partir de las primeras décadas del siglo XX, cuando comienza a surgir una:

[D]octrina jusinternacionalista más lúcida contra la negación del ser humano como titular de derecho emanados del propio Derecho Internacional [...] esta corriente emancipadora rescató las reflexiones y las visión de los llamados fundadores del Derecho Internacional [...] los escritos de F. de Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, A. Gentili, S. Pufendorf, C. Wolff) [...] A mediados del siglo XX, la doctrina jusinternacionalista más esclarecida se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos (2003b: 56-57)

En segundo lugar, Cançado Trindade sustenta este fortalecimiento de la capacidad procesal del individuo ante la Corte interamericana, en el hecho que la propia Convención Americana –en su artículo 44º- ya ha reconocido el derecho de “petición individual” en forma amplia, irrestricta y obligatoria, en el sentido que comprende no sólo a las víctimas sino también a sus familiares o representantes en tanto las primeras se encuentren impedidas de interponerla y en el sentido que su aceptación, por parte de la Comisión interamericana, no depende de una previa autorización por parte de los Estados nacionales, pues bastará con que los peticionarios cumplan con los requisitos de admisibilidad contemplados en la Convención y desarrollados por el reglamento y la práctica de la Comisión.

En síntesis, este argumento postula que en el sistema interamericano –a nivel de la Comisión y a la luz de la Convención- el individuo ya venía siendo sujeto de derecho internacional en el proceso de petición individual. Así, para Cançado Trindade:

[E]l punto de partida ineluctable [...] reside en la disposición sobre el derecho de petición individual, o sea, el artículo 44 de la Convención, cuya relevancia ha sido verdaderamente fundamental [...] El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de protección [...] La cláusula pétrea de la protección internacional de los derechos

humanos atinente al acceso de los individuos (derecho de petición individual, bajo el artículo 44 de la Convención Americana) a la justicia a nivel internacional, es complementada por otra cláusula pétrea, a saber, la de la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional –la Corte interamericana- de derechos humanos. (2003b: 70-74)

El tercer argumento que desarrolla Cançado Trindade en esta misma dirección, es el del otorgamiento de las medidas provisionales de protección contempladas en el artículo 63.2° de la Convención americana. Sostiene que la Convención ya ha consagrado al individuo como sujeto de derecho internacional para efectos de la concesión –por parte de la Corte- de medidas provisionales de protección ante situaciones de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables. Para ejemplificar ello, cita dos casos contra el Perú en los que las víctimas o sus representantes (Delia Revoredo en el caso Tribunal Constitucional y Michelangela Scalabrino en el caso María Elena Loayza Tamayo) solicitaron, en forma individual, el otorgamiento de medidas provisionales y la Corte se las concedió en el año 2000 (Trinidad 2003b: 75-76).

En opinión de Cançado Trindade, esta posibilidad que los individuos pidan y obtengan medidas provisionales ante la Corte interamericana, “demuestran no sólo la viabilidad, sino también la importancia del acceso directo del individuo, sin intermediarios, a la Corte interamericana de derechos humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia” (2003b: 76).

En otras palabras, este argumento postula que el individuo ya es sujeto de derecho ante la Corte para efectos de pedir y eventualmente obtener medidas cautelares, esto es, para la protección provisional y, por ende, también debe reconocérsele similar estatus para la protección de fondo.

Nosotros compartimos con el autor la opinión que el derecho internacional de los derechos humanos debe ir re-posicionando a la persona, al individuo, como sujeto de derecho, junto a los Estados nacionales y consideramos como un avance sustancial el otorgamiento de la mayoría de edad a las víctimas, familiares o representantes en cuanto

a su capacidad procesal durante todas las etapas del proceso ante la Corte interamericana, una vez que la Comisión decide abrir las puertas del referido Tribunal<sup>91</sup>.

Consideramos que de esta manera la Corte interamericana ha reforzado no sólo la protección internacional de los derechos humanos consagrados en el *corpus iuris* interamericano, sino también la protección nacional que tales derechos humanos cuentan –o deberían contar- en sus respectivos sistemas judiciales.

En el caso del Perú, uno de los ejemplos más claros y recientes de este innegable impacto en la protección nacional, ha sido la audiencia de seguimiento que tuvo lugar el 27 de agosto del 2012 y la resolución de seguimiento del 7 de septiembre del 2012 que la Corte interamericana emitió en el caso Barrios Altos y que tuvo como efecto que la Corte Suprema de la República emitiera la resolución de fecha 27 de septiembre del 2012, mediante la cual anuló la sentencia que la Sala Penal permanente de dicha Corte había emitido el 20 de Julio del 2012, pues había sido objeto de duras críticas por parte de diversos sectores de la sociedad y del propio Estado<sup>92</sup> porque consagraba la impunidad de graves violaciones de derechos humanos perpetradas por el destacamento “Colina”.

En el caso Barrios Altos vs. Perú, si las víctimas, sus familiares o representantes no hubiesen tenido la capacidad procesal para solicitar directamente -y sin intermediación previa de la Comisión interamericana- una audiencia de seguimiento del cumplimiento de la sentencia de fondo, no habría sido posible corregir rápidamente el despropósito que supuso la sentencia del 20 de julio del 2012 que emitió la Sala penal permanente de la Corte Suprema. Ello, sin duda, constituye un avance sustancial en el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho en el sistema interamericano, que ha redundado en una mejor protección nacional de los derechos humanos.

---

<sup>91</sup> Al respecto, Luigi Ferrajoli ha señalado que “el pleno universalismo de todos los derechos fundamentales en el ordenamiento internacional [...] éste, en diversas declaraciones y convenciones ha conferido estos derechos a los seres humanos en cuanto tales, concibiéndolos como sujetos de derecho internacional, es decir, como ciudadanos no ya sólo de su Estado sino también de comunidades supraestatales, ya sean de carácter regional [...] o de carácter mundial” (2011b: 479).

<sup>92</sup> El procurador especial en derecho constitucional del Ministerio de justicia y derechos humanos, interpuso una demanda de amparo contra esta sentencia de fecha 20 de julio del 2012.

Por otro lado, lo que no compartimos es la posición de Cançado Trindade en relación al destino final en el sistema interamericano de esta evolución del re-posicionamiento del individuo como sujeto de derecho en el derecho internacional de los derechos humanos. Para él, a futuro debería darse otro paso adelante “en el sentido de la evolución del *locus standi in judicio* al *jus standi* de los individuos ante la Corte [...] Si se acepta esta propuesta [...] el artículo 61(1) de la Convención pasaría a tener la siguiente redacción: [...] Los Estados Partes, la Comisión y las presuntas víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte” (2003b: 88).

En otras palabras, este re-posicionamiento del individuo como sujeto de derecho, según el autor, debería culminar –en el caso del sistema interamericano– en consagrar la posibilidad que no sólo la Comisión y los Estados puedan abrir las puertas de la Corte, sino también los propios individuos en forma directa y sin la previa intermediación de la Comisión interamericana. Discrepamos por una razón jurídica y otra política.

Jurídicamente, como el propio Cançado Trindade ha señalado, el individuo ya tiene acceso directo y amplio al sistema interamericano a través de la consagración de la petición individual prevista en el artículo 44° de la Convención americana. Si bien dicha petición pasa por el tamiz previo de la Comisión interamericana, en teoría, cualquier petición individual podría terminar en la Corte interamericana.

Por otro lado, políticamente, consideramos inconveniente que todas las peticiones individuales ante el sistema interamericano puedan terminar, en la práctica, en la Corte interamericana, esto es, que todas las peticiones puedan recibir una solución jurisdiccional. Consideramos que la protección internacional de los derechos humanos no debe limitarse a una respuesta jurisdiccional, sino que debe contar con un abanico de posibilidades de tutela extra-jurisdiccional, que son las que precisamente ofrece en la actualidad la Comisión interamericana: informes de fondo, acuerdos de solución amistosa, audiencias públicas, visitas in loco, informes por país, informes temáticos, comunicados de prensa, entre otros.

Al respecto, la desaparición de la Comisión en el sistema europeo de derechos humanos y la “judicialización” de todas las peticiones individuales ante el Tribunal europeo, han

atiborrado de causas a este último y no necesariamente ha elevado la calidad de la protección internacional de los derechos humanos.

Esta excesiva carga procesal que soporta el Tribunal europeo, se ha producido a pesar de los significativamente mayores recursos con los que cuenta, en comparación con los que cuenta la Corte interamericana, la misma que sólo logra cubrir alrededor del 50% de sus gastos con los recursos ordinarios de la OEA y se ve obligada a solicitar recursos de cooperación internacional para poder terminar de solventar sus gastos de funcionamiento. En otras palabras, se ve obligada a pedir donaciones a Estados democráticos, instituciones y fundaciones.

Consideramos que dada la complejidad y diversidad de las peticiones que suelen presentarse ante el sistema interamericano, es mucho mejor que se mantenga un abanico de posibilidades de solución, una de las cuales y la más importante –sin duda- deberá seguir siendo el eventual sometimiento de un caso ante la Corte interamericana.

### **2.3.2. Desarrollo alcanzado por el control de convencionalidad sobre normas y decisiones nacionales**

La Corte interamericana, desde su primera sentencia en Velásquez Rodríguez contra Honduras, siempre ha aplicado un control de convencionalidad –aunque no lo haya denominado así-, como sustento jurídico para determinar la responsabilidad internacional de los Estados por actos o normas internas violatorias de los derechos consagrados en la Convención americana.<sup>93</sup>

En otras palabras, la esencia de la labor jurisdiccional de la Corte interamericana siempre ha sido determinar la compatibilidad –o no- de actos o normas internas, con los derechos fundamentales consagrados en el corpus iuris interamericano. En los últimos años, la novedad ha estado que a esa función se le ha bautizado -y delineado conceptualmente- con un nombre (control de convencionalidad) y se han desprendido

---

<sup>93</sup> “... la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como *control de convencionalidad*.” (Bazán. 2012: p. 24)

nuevas consecuencias jurídicas como su aplicación a nivel interno y su efecto *erga omnes*, éstas últimas criticadas por un sector de la doctrina.

Al respecto, adelantamos que nuestra posición es a favor de este concepto de control de convencionalidad porque indudablemente ha contribuido al avance de la jurisprudencia interamericana en la promoción y defensa de los derechos fundamentales en el continente americano. A la vez, las voces críticas que se han levantado sobre el particular, aunque no las compartamos necesariamente, consideramos que han contribuido a ver más allá del entusiasmo de una parte de la doctrina y a identificar algunos aspectos aún por definir o construir del control de convencionalidad y a modular o matizar algunas de sus consecuencias jurídicas.<sup>94</sup>

El “control de convencionalidad” no es, por ende, una noción nueva en el sistema interamericano de derechos humanos, pero es indudable que en los últimos años ha ido expandiéndose no sólo en la jurisprudencia de la Corte interamericana, sino también en algunos ordenamientos constitucionales como el peruano. Al respecto, César Landa recuerda que, en el caso del Perú, el control de convencionalidad fue aplicado por primera vez y en forma pionera a nivel interno, por la jueza Antonia Saquicuray en el año 1995, cuando inaplicó la Ley de autoamnistía promulgada por el ex presidente Alberto Fujimori (Landa 2014: 230).

Así, algunos autores consideran que el control de convencionalidad “consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas [...] a la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Bazán 2012: 17-18). En forma similar, Natalia Torres define el control de convencionalidad como “una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que los jueces nacionales y la Corte Interamericana 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 estos” (2013: 311).

---

<sup>94</sup> En especial, consideramos que las críticas formuladas por Ariel Dulitzky (Dulitzky: 2014) contribuyen –aunque no las compartamos necesariamente– a identificar aspectos o problemas aún sin resolver en torno al control de convencionalidad.

En tal sentido, reiteramos que compartimos la opinión que “el control de convencionalidad es una función inherente que se deriva de la propia CADH [...] En principio, puede afirmarse que el control de convencionalidad no es una competencia nueva de la Corte” (Zúñiga 2013: 30, 42). Consideramos que deriva de la obligación internacional de todo Estado contenida en los artículos 26° y 27° de la Convención de Viena de 1969, también conocida como el Tratado de los Tratados.

En dichos artículos de la Convención de Viena se consagra, por un lado, la obligación internacional de los Estados de cumplir de buena fe los tratados que libre y soberanamente ratifiquen y, por otro lado, la imposibilidad de invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales.<sup>95</sup> Así, “el control de convencionalidad se deriva del principio de *pacta sunt servanda* reconocido en el preámbulo de la Convención de Viena [...] que establece que los pactos deben ser observados” (Torres 2013: 34).

En el caso concreto del sistema interamericano de derechos humanos, “la obligación de realizar control de convencionalidad se deriva del deber general de garantía y del de adecuación del derecho interno a los estándares de derecho internacional [...] Estas obligaciones se encuentran en los artículos 1.1° y 2° de la CADH.” (Torres 2013: 39)<sup>96</sup>. Una clara muestra de esto –aunque no la única– es la potestad reconocida a la Corte interamericana en los artículos 62.3° y 64.2° de la Convención Americana; este último “le otorga la facultad de emitir opinión sobre la compatibilidad de las leyes internas a la luz del canon interamericano” (Torres 2013: 42)

---

<sup>95</sup> “... la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas internas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *pacta sunt servanda* obliga a los Estados a dar cumplimiento a sus compromisos internacionales, lo que debe realizarse de *buena fe* por los Estados y sin invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir dicho compromisos.” (Nash. 2012: p. 59)

<sup>96</sup> Claudio Nash agrega que el fundamento normativo también se encuentra en el artículo 29° de la CADH: “... el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1° 2° y 29° de la CADH...” (Nash. 2012: p. 59)

Lo novedoso en el control de convencionalidad actualmente delineado, son dos aspectos: i) la creciente aplicación en sede nacional del control de convencionalidad por parte de jueces y tribunales y ii) los efectos de nulidad *ab initio* y de alcance general, que la Corte se animó a declarar desde el caso Barrios Altos contra el Perú, respecto a leyes de amnistía y que luego ha ido extendiendo a decisiones judiciales o administrativas dirigidas a propiciar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.

El control de convencionalidad comienza esta expansión contemporánea tanto a nivel de la Corte como de los tribunales nacionales, a partir de las sentencias de fondo e interpretativa expedidas en el caso “*Barrios Altos vs. Perú*”, el 14 de marzo y 3 de septiembre del 2001, respectivamente, aunque recién se utiliza la expresión “*control de convencionalidad*” en las sentencias de fondo expedida en los casos “*Almonacid Arellano vs. Chile*” y “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*” en el año 2006. Fue el entonces Presidente de la Corte interamericana, Sergio García Ramírez, quien por primera vez acuñó tal nombre a esta función innata de la Corte en su voto concurrente en el caso “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*” en el año 2003.<sup>97</sup>

Hasta antes del caso Barrios Altos, la Corte había limitado los efectos jurídicos del control de convencionalidad, a disponer que el propio Estado condenado cumpla con derogar normas nacionales o dejar sin efectos decisiones judiciales o administrativas incompatibles con los estándares interamericanos en materia de derechos humanos. Así por ejemplo, en el caso del Perú la Corte había dispuesto en varias sentencias que el propio Estado peruano derogue o modifique leyes referidas a la investigación y juzgamiento de casos de terrorismo y traición a la patria y al juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> “Todo indica que fue el hoy ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte.” (Bazán. 2012: p. 25). Este mismo autor da cuenta que el referido ex juez de la Corte García Ramírez continuó impulsando el término control de convencionalidad en sus votos en los casos “*Tibi c. Ecuador*” del 2004, “*López Álvarez c. Honduras*” del 2006 y “*Vargas Areco c. Paraguay*” que expidió el mismo día 26 de septiembre del 2006 en el que se emitió la sentencia en el caso “*Almonacid Arellano c. Chile*” (Bazán. 2012: pp. 25 y 26)

<sup>98</sup> Casos “*Loayza Tamayo contra Perú*”, “*Neira Alegría contra Perú*”, “*Durán Ugarte contra Perú*”, “*Castillo Páez contra Perú*”, “*Castillo Petrucci contra Perú*” y “*Cantoral Benavides contra Perú*”



Sin embargo, en el caso Barrios Altos la Corte dio un paso histórico en su jurisprudencia<sup>99</sup> al considerar y declarar –en forma directa- que leyes como las de autoamnistía que el Gobierno del ex presidente Alberto Fujimori había promulgado el año 1995 y que favorecían la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, “*carecen de efectos jurídicos*”:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001b, párr. 14)<sup>100</sup>

De esta manera, en el caso “Barrios Altos” la Corte dio un salto en el control de convencionalidad que, aunque siempre lo había aplicado, sus efectos jurídicos se habían limitado a disponer que el propio Estado condenado deje sin efecto normas o decisiones incompatibles con la Convención. A partir de ese momento, fue la propia Corte que dispuso que las leyes de amnistía o cualquier otro acto o decisión dirigido a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, carecerían de efecto jurídico alguno, esto es, la Corte declaró su nulidad *ab initio*, en forma directa y sin mediar medida o norma previa alguna del Estado.

---

<sup>99</sup> Este avance jurisprudencial interamericano, tuvo un valioso antecedente en el sistema universal de derechos humanos. Así es, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el establecimiento de un tribunal especial en Sierra Leona, de fecha 4 de Octubre del 2000, ya había señalado un año antes que la amnistía no es válida respecto de crímenes de derechos humanos ni para infracciones graves al derecho internacional humanitario: “Aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario.” (Naciones Unidas: 2000)

<sup>100</sup> Subrayado nuestro.

A pesar que consideramos que era innecesario pues la sentencia de fondo de la Corte había sido muy clara al respecto al señalar que las leyes de autoamnistía tampoco podían “*tener igual o similar impacto respecto de otros casos*”, esto es, adicionalmente se pronunció por el efecto *erga omnes* de la misma, la Comisión interamericana de derechos humanos –que es la que había interpuesto la demanda ante la Corte-, solicitó una aclaración a la Corte sobre los efectos de la sentencia y preguntó si debía considerarse que estas leyes de autoamnistía carecían de efectos jurídicos sólo en el caso Barrios Altos o en todos los casos en los que se hubiere aplicado en el pasado o se pretendiese aplicar en el futuro.

Frente a ello, la Corte emitió una sentencia interpretativa y dijo que lo resuelto por ella en este caso tenía “*efectos generales*”: “la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001c: párr. 18).

De esta manera, la expansión del control de convencionalidad ejercido por la Corte interamericana se dirigió, por un lado, a declarar nulas en forma directa e inmediata (“*sin efecto jurídico*”) las leyes de amnistía o autoamnistía, en el sentido de considerar que nunca existieron jurídicamente hablando, esto es, declaró su nulidad *ab initio*. Esa es la razón por la cual en el Perú nunca hubo una ley que derogara las referidas leyes de autoamnistía, pues tanto autoridades gubernamentales como jueces y fiscales, asumieron –a partir de la sentencia de la Corte- que nunca existieron y, por ende, no las han aplicado sin necesidad de mediar ley derogatoria alguna en sede nacional<sup>101</sup>. Una muestra clara de lo anterior fue el Dictamen fiscal que en su momento el Ministerio Público del Perú emitió en el proceso judicial acumulado “Barrios Altos, La Cantuta, Pedro Yauli y El Santa (Causa N° 032-2001).<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Es más, no sólo no era necesario sino que habría resultado perjudicial que el Estado peruano apruebe una norma derogatoria de las leyes de auto amnistía, pues ello habría supuesto que las mismas estuvieran vigentes hasta su derogación, lo cual habría ido en contra de los expresamente dispuesto por la Corte, en el sentido que dichas leyes nunca existieron.

<sup>102</sup> “[E]s deber irrenunciable de los Estados, prevenir e investigar las violaciones de los Derechos Humanos, utilizando para ello, todos los medios a su alcance, a efectos de lograr el establecimiento de la verdad, así como la identificación y sanción a los responsables [...] todo ello con el objeto de evitar y

Por otro lado, la expansión del control de convencionalidad también se ha dirigido a conferirle “efectos generales” a dicha nulidad *ab initio*, esto es, que tal nulidad tenga eficacia no sólo en el caso concreto de Barrios Altos sino en todos los demás casos en los que se pretendiese aplicar la ley de autoamnistía en el Perú.

Sobre el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana, a su vez hay que distinguir dos supuestos. Por un lado, la eficacia general respecto de todos los demás casos en el Perú en los que se pretendiese aplicar la ley de autoamnistía, supuesto ya resuelto por la sentencia interpretativa en el caso Barrios Altos, en el sentido que por cierto es aplicable a todos los demás casos en los que se hubiese querido aplicar estas leyes.

Por otro lado, si la eficacia general o *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana también se extiende respecto a Estados y peticionarios que no han sido parte de estos procesos ante ella; esto es, si la obligatoriedad jurídica de las sentencias trasciende a las partes de los casos concretos y se extiende hacia otros Estados y peticionarios de la región. Este aspecto lo desarrollaremos en el siguiente punto pues hay voces críticas sobre el particular.

Sin embargo, en el caso del Perú y en relación a este segundo supuesto de eficacia *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana, nosotros nos inclinamos a pensar

---

combatir la impunidad [...] las Leyes 26479 y 26492, conocidas como “Leyes de Amnistía”, promulgadas por el Gobierno Peruano, constituyen un obstáculo que pretende impedir la investigación y castigo apropiados de los autores de las violaciones de los Derechos Humanos [...] En este sentido, este Ministerio considera que la obligación constitucional e internacional del Estado de buscar la verdad en los casos relacionados con la violación de los Derechos Humanos [...] subsiste y se encuentra por encima de las precitadas Leyes de Amnistía, las cuales al constituir un obstáculo que promueve la impunidad de tales hechos y ser incompatibles con las obligaciones internacionales, específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, no deben constituir un impedimento para continuar con las investigaciones orientadas al establecimiento de la verdad de los hechos denunciados; esta situación ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente sentencia de fecha catorce de marzo del presente... este Ministerio considera que las citadas Leyes de “amnistía” o “autoamnistía”, carecen de efectos jurídicos y por tanto no constituyen un impedimento para la investigación y juzgamiento del presente caso, ante la autoridad judicial.” (Instituto de Defensa Legal s/f: 18-19)

que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sí tiene efecto *erga omnes*<sup>103</sup> también respecto de los Estados que no han sido parte de un proceso determinado, no sólo porque así lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte, sino también porque –en el caso del Perú- el Tribunal Constitucional (TC) ya determinó que la jurisprudencia interamericana es vinculante para todos los poderes públicos –incluyendo al TC-, así nuestro país no haya sido parte en dicho proceso:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso...” (2006b: párr. 12)

Sin embargo, somos conscientes que este efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte aún es resistido por algunos Estados de la OEA y parte de la doctrina, tal como veremos en el acápite siguiente.

Además, en el curso del caso Barrios Altos, la Corte también comprendió –no sólo a las leyes de amnistía o autoamnistía- sino también a las decisiones administrativas y judiciales dirigidas a propiciar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, dentro de las medidas que pueden ser dejadas sin efecto jurídico alguno por parte de la propia Corte, esto es, cuya nulidad *ab initio* podría ser determinada en forma directa por la Corte.

Si bien la Corte ya había establecido en el caso “Gómez Lund vs. Brasil”<sup>104</sup> que no sólo las normas nacionales están sujetas a control de convencionalidad sino también las

---

<sup>103</sup> “Aunque el lenguaje no sea del todo claro, los casos sugieren que los efectos de las decisiones, incluso en sus fundamentos, se extienden a todos los Estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte interamericana, independientemente de que sean partes o interesados directamente en el caso” (Bandeira 2015: 243) Posteriormente, este autor discrepa de este efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana.

<sup>104</sup> “En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores...” (2010: párr. 49)

decisiones judiciales, en la resolución de seguimiento en el caso Barrios Altos contra el Perú, de fecha 7 de septiembre del 2012, el máximo tribunal no sólo ratifica lo anterior<sup>105</sup> sino que avanza y abre la posibilidad que decisiones judiciales dirigidas a propiciar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, también podrían ser declaradas sin efecto jurídico alguno (nulidad *ab initio*) directamente por parte de la propia Corte:

Si bien es cierto la Corte –finalmente- no anuló en forma directa la sentencia de la Sala penal permanente de la Corte Suprema del Perú de fecha 20 de Julio del 2012, le dio la oportunidad al Estado peruano para que lo haga, de lo contrario, explícitamente se reservó la potestad de dejarla sin efecto ella misma:

“[l]a Corte estima que, de no subsanarse las causas que podrían generar impunidad, a través de los mecanismos internos disponibles y conducentes, se estaría incumpliendo con lo ordenado por este Tribunal. Es por ello que, de ser el caso, la Corte podrá emitir en su debida oportunidad un pronunciamiento sobre los efectos jurídicos de cualquier resolución dictada en el marco de las investigaciones del presente caso” (2012a: párr. 61)<sup>106</sup>.

De esta manera, consideramos que la Corte avanzó en los efectos jurídicos (nulidad *ab initio* declarada en forma directa por ella misma) del control de convencionalidad no sólo de las normas nacionales –como las leyes de amnistía-, sino también de las decisiones judiciales como las que emitió la Sala permanente de la Corte Suprema del Perú el 20 de Julio del 2012 y que, posteriormente, fue anulada por la propia Sala permanente de la Corte Suprema mediante resolución de fecha 27 de septiembre del 2012, que se expidió –precisamente- en cumplimiento de la resolución de seguimiento emitida por la Corte interamericana.

---

<sup>105</sup> [L]a Corte considera de similar gravedad tanto la impunidad garantizada a través de la adopción de leyes de amnistía, como fue declarado en la Sentencia de fondo del presente caso, como la impunidad originada en la falta de voluntad del Poder Judicial de cumplir a cabalidad con la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Tal falta de voluntad judicial debe ser analizada en cada caso concreto y valorada de acuerdo a criterios objetivos, que lleven al convencimiento que la acción o inacción de las autoridades busca sustraer a los responsables de la acción de la justicia o configurar un cuadro de denegación de justicia. (2012a: párr. 29) (Subrayado nuestro)

<sup>106</sup> Subrayado nuestro.

Por su parte, en los casos *Almonacid vs. Chile* y “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*”, la Corte siguió avanzando en esta clara tendencia jurisprudencial de ampliar el control de convencionalidad en dos sentidos. Por un lado, bautiza a este control de adecuación del ordenamiento interno con el *corpus iuris* interamericano como “control de convencionalidad”.

Por otro lado, establece que es obligación del Poder Judicial<sup>107</sup> ejercer este control de convencionalidad sobre normas (como leyes de amnistía) o decisiones que resulten incompatibles con el *corpus iuris* interamericano que comprende también la jurisprudencia de la Corte interamericana. Sobre el particular, Carnota observa que dicha extensión del control de convencionalidad a sede nacional, constituiría “... un tránsito de una suerte de “control concentrado de convencionalidad” a cargo de la Corte interamericana, a uno de naturaleza difusa, en donde se encarga a todos los jueces nacionales su realización.” (Carnota. 2011: p. 55)

En el caso “*Almonacid Arellano vs. Chile*”, señaló:

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

---

<sup>107</sup> Posteriormente, en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores contra México*” del año 2010, la Corte precisaría que los “Jueces y órgano vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer este control de convencionalidad (Bazán. 2012: p. 31)

Por su parte, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte añadió que los órganos del Poder Judicial no sólo están obligados a ejercer control de constitucionalidad sino también –de oficio- un control de convencionalidad, aunque precisó que este control no debe ejercerse siempre:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (2006b: párr. 128)

En este caso, el entonces juez de la Corte Antonio Cançado Trinidad, sostuvo en torno a esta doble obligación de los jueces y tribunales de conocer y aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, los mismos que deben ser interpretados en forma conjunta:

3... los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana... (2006b: párr. 3 de voto razonado)

Esta línea jurisprudencial de la Corte se ratificó en los casos “La Cantuta vs Perú”, “Boyce vs. Barbados”, “Heliodoro Portugal vs. Panamá” y “Gomes Lund vs Brasil”. En el caso “Gomes Lund vs. Brasil”, adicionalmente la Corte sentó dos nuevos avances jurisprudenciales en torno al control de convencionalidad. Por un lado, precisó que las

decisiones judiciales –y no sólo las normas como las leyes de amnistía- también estaban sometidas al control de convencionalidad. Por otro lado, reiteró y explicitó que ella es la intérprete última de la Convención americana:

En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores... el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (2010: párr. 49 y 176)

Por su parte, el control de convencionalidad también sobre decisiones o interpretaciones administrativas fue establecido por la Corte en los casos López Mendoza contra Venezuela del 1º de septiembre del 2011 y Atala Riffo y niñas contra Chile del 24 de febrero del 2012, en los que explicitó el deber de “Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH...” (Bazán. 2012: p. 31)<sup>108</sup>

En esta misma línea, en la resolución de seguimiento de fecha 7 de septiembre del 2012 en el caso Barrios Altos, la Corte ratifica este control de convencionalidad sobre decisiones judiciales o administrativas en el caso específico de reducción de penas u otorgamiento de beneficios penitenciarios, cuando las mismas estén dirigidas a propiciar la impunidad:

En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad [...] Del mismo modo, el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. (2012a: párr. 55)<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Subrayado nuestro.

<sup>109</sup> Subrayado nuestro.



Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte dio otro salto en la consolidación del control de convencionalidad en el caso “Gelman contra Uruguay”. Por un lado, estableció que no sólo los jueces y tribunales de todos los niveles de la administración de justicia tienen la obligación de ejercer control de convencionalidad, sino también “cualquier autoridad pública” (Bazán. 2012: p. 31).

Por otro lado, avanzó al considerar que, inclusive, una ley de amnistía (“Ley de Caducidad” en el caso de Uruguay) que había merecido el voto popular a favor hasta en dos ocasiones, no era inmune al control de convencionalidad. Así es, en el caso Gelman la Corte explicitó que:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009. (2011: párr. 238)<sup>110</sup>

De esta manera, consideramos que en este caso la Corte interamericana consolidó el sustento jurídico del control de convencionalidad que ya había venido aplicando desde el caso Barrios Altos en el caso de leyes de amnistía, autoamnistía o cualquier otra medida dirigida a favorecer la impunidad, al sostener abiertamente que no basta la legitimación democrática de las mayorías para convertir a una norma en compatible con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, sino que también es indispensable que dichas normas observen un conjunto de derechos fundamentales consagrados internacionalmente:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos

---

<sup>110</sup> Subrayado nuestro.

humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad. (2011: párr. 239)<sup>111</sup>

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte se acerca a la definición de Estado constitucional que, tanto el positivismo crítico (Ferrajoli) como el post positivismo (Atienza), han venido postulando los últimos años: una democracia no sólo formal sino sustancial que supone, entre otros aspectos, una mayoría sujeta a determinados derechos fundamentales no sólo consagrados en sede nacional, sino también a nivel internacional, de muy difícil derogación.

Al respecto, Luigi Ferrajoli, en el tomo II de su obra *Principia iuris*, sostiene que la refundación del derecho nacional e internacional se ha expresado en dos grandes conquistas: las Constituciones rígidas y la garantía universal de la paz y los derechos humanos. Precisamente ambas conquistas dirigen sus baterías –entre otros propósitos- a limitar el poder de las mayorías:

[H]a cambiado también la estructura de la democracia, al no ser ya ilimitado el poder del pueblo, o mejor de la mayoría, y por eso con riesgo de degenerar en formas totalitarias [...] sino sometido a límites y a vínculos de contenido impuestos por las constituciones. Así, en el nuevo paradigma, también la mayoría está sujeta al derecho y, precisamente, al principio de la paz y a los derechos humanos [...] En las democracias constitucionales ya no existen poderes o sujetos absolutos o soberanos. (2011b: 478)<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Subrayado nuestro.

<sup>112</sup> Este autor inclusive ha llegado a postular la antinomia entre la idea de soberanía interna como potestad absoluta y el Estado constitucional de derecho: “División de poderes, principio de legalidad y derechos fundamentales constituyen, en efecto, limitaciones y en último término negaciones de la soberanía interna. Gracias a estos principios, la relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación entre soberano y súbdito [...] Se rompe entonces el postulado [...] de la omnipotencia del legislador y de la soberanía del parlamento. Con el sometimiento del propio poder legislativo de la mayoría a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo del Estado de derecho se perfecciona y se completa en el del Estado constitucional de derecho, y la soberanía interna como

Ante este nuevo panorama jurídico interamericano trazado por la jurisprudencia de la Corte, algunos altos tribunales del continente (Argentina<sup>113</sup>, Colombia<sup>114</sup>, México, Perú, entre otros) crecientemente no sólo ejercen control de convencionalidad, sino que además disponen que tal control es ahora una obligación jurídica de jueces y tribunales nacionales.<sup>115</sup>

Al respecto, es ilustrativa la síntesis que presenta Víctor Bazán en torno a la evolución de la jurisprudencia de la Corte interamericana en dos sentidos: i) la ampliación de los sujetos obligados a ejercer control de convencionalidad en el ámbito interno y ii) las medidas pasibles de ser sometidas a dicho control:

-Poder Judicial (caso *Almonacid Arellano c. Chile*)... - Órganos del Poder Judicial (caso *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*)... Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles (caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*)... - Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (caso *Gelman c. Uruguay*)... - Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH

---

potestad absoluta, al no existir ya poderes absolutos, pues todos se encuentran sometidos al derecho, se disuelve de manera definitiva. No deja de ser cierto que las Constituciones siguen hablando de «soberanía popular». Pero se trata de un simple homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos actuales [...] Por eso ni siquiera el pueblo es ya soberano [...] Ni mucho menos aun las mayorías” (2004: 138-141).

<sup>113</sup> “Desde el ámbito interno... nuestros tribunales en la causa *Ekmekdjian c. Sofovich* reinstalaron la obligación de no invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Después de reformada la Constitución, y desde el caso *Giroldi*, continúa el encuentro con las tendencias hacia la internacionalización del derecho constitucional...” (Albanese. 2008: p. 15)

<sup>114</sup> En el caso de la Corte constitucional de Colombia “En la sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la CC aludió expresamente al control de convencionalidad.” (Bazán. 2012: p. 37)

<sup>115</sup> Sobre la obligación jurídica de jueces y tribunales nacionales de aplicar control de convencionalidad cuando corresponda hacerlo, es pertinente precisar que tal vinculatoriedad presupone que la línea jurisprudencial interamericana a seguir sea clara y definida. Al respecto, autoras como Susana Albanese llega a sostener algo que no compartimos pero que refleja que pueden presentarse matices o incertidumbres en la exigencia del control de convencionalidad en sede interna, cuando la jurisprudencia interamericana no es clara sobre un tema específico: “... a los fines del control de convencionalidad, consideramos que los jueces nacionales deberían estar eximidos de aplicar la última interpretación que de una norma convencional decidió la mayoría, si la misma ha originado múltiples valoraciones y modificaciones en el centro de los tribunales competentes hasta que se logren precisiones conceptuales consensuadas.” (Albanese. 2008: p. 39)

(caso *López Mendoza c. Venezuela* y caso *Atala Riffo y Niñas c. Chile*). (Bazán. 2012: p. 31)

En el caso de México, “la Suprema Corte de Justicia de la Nación... ha dispuesto que todo juez en el ámbito jurisdiccional de México deba realizar control de convencionalidad respecto de las normas de derecho interno [...] Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el expediente 912/2010 [...] 4 de Octubre del 2011” (Torres 2013: 31).

En el caso del Perú, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) como de la Corte Suprema en materia penal, desde hace varios años vienen aplicando el control de convencionalidad sobre normas que finalmente son declaradas inconstitucionales, pues se considera a los tratados de derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte interamericana, como parte del bloque de constitucionalidad, parámetro a partir del cual el TC determina la constitucionalidad o no de las normas.

El Tribunal Constitucional peruano mantiene así una línea jurisprudencial que considera que todos los poderes públicos están obligados a observar el derecho internacional de los derechos humanos: “... por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.” (2006b: párr. 14)

Por otra parte, en torno a la relación entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad,<sup>116</sup> somos de los que consideran que, si bien muchos de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos ahora suelen incorporar el derecho

---

<sup>116</sup> Al respecto, autores como Walter Carnota advierten que “Toda nueva formulación jurídica suscita dudas, matices interpretativos, aplausos apresurados o resistencias tajantes. El apodado “control de convencionalidad” no ha estado, por cierto, exento de estos vaivenes. Empero, una de las observaciones que se formula se relaciona con el hecho de su eventual innecesariedad, dado que para algunos se hallaría subsumido en el ya existente “control de constitucionalidad”. ¿Son dos instituciones radical y completamente distintas? ¿En algún punto se entroncan?” (Carnota. 2011: p. 53)

internacional de los derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad, no hay una identidad total entre control de convencionalidad y de constitucionalidad<sup>117 118</sup>.

Consideramos que la diferencia central entre control de convencionalidad y de constitucionalidad radica en que, eventualmente, podría ejercerse control de convencionalidad inclusive sobre una norma constitucional. Ciertamente una norma constitucional será, valga la redundancia, constitucional pero no necesariamente será compatible con el *corpus iuris* interamericano y, en ese sentido, podría ser objeto de control de convencionalidad.

En esta línea, Bazán sostiene que el “... artículo 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su derecho interno para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión derecho interno naturalmente queda comprendida la Constitución Política del Estado... la Corte IDH en su opinión consultiva OC 4/84 de 11 de enero de 1984, consideró que el término leyes internas... “es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”...” (Bazán. 2012: p. 33)

En el caso La última tentación de Cristo contra Chile, la Corte interamericana consideró que el entonces artículo 19.12° de la Constitución Política de Chile de 1980, que establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, resultaba incompatible con la Convención americana<sup>119</sup> y, por ende,

---

<sup>117</sup> Al respecto, Natalia Torres sostiene que “el control de convencionalidad tiene semejanzas e incluso puede identificarse con el control de constitucionalidad. No obstante [...] no se puede afirmar que exista per se una identidad plena entre las instituciones mencionadas [...] Así, en el ordenamiento peruano, si bien el control de convencionalidad es sinónimo del control de constitucionalidad, dicha conclusión es contingente” (2013: 25).

<sup>118</sup> Inclusive hay autores que distinguen entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad, éste último propio del ordenamiento británico: “Resulta evidente, pues, que estamos frente a tres supuestos susceptibles de ser bien diferenciados... al “control de constitucionalidad”, que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la Norma Fundamental, ya en su vertiente concentrada o difusa... el “control de convencionalidad” se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado... el control de compatibilidad aparece como un mecanismo de alcance mucho menor, que se ciñe a declarar la sintonía de la norma interna con la internacional, sin ningún otro efecto mayor.” (Carnota. 2011: p. 64)

<sup>119</sup> “88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está

dispuso que el Estado chileno modifique su ordenamiento, lo que incluía la propia Constitución: “4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.” (2001: Punto resolutivo 4)

Entonces, desde nuestro punto de vista, no admite discusión que la Corte interamericana puede –eventual y excepcionalmente- considerar incompatible con el *corpus iuris* interamericano, una norma constitucional. En cuanto a la eficacia jurídica de un eventual control de convencionalidad sobre una norma constitucional, también consideramos de pacífica aceptación que la Corte dispondrá –en esos casos- que el Estado modifique su ordenamiento constitucional como en efecto hizo en el caso “La última tentación vs. Chile”, pero no se anime a declarar la nulidad *ab initio* como ha hecho ya con las leyes de amnistía.

Lo que está sujeto a debate es si los tribunales y jueces nacionales también podrían –o no- ejercer control de convencionalidad sobre normas constitucionales. Si bien la jurisprudencia de la Corte interamericana es clara en establecer la obligación de jueces y tribunales nacionales de ejercer –inclusive de oficio- el control de convencionalidad sobre decisiones o normas internas, no ha precisado si tal control comprende a las normas constitucionales también. Nos da la impresión que cuando la Corte ha extendido el control de convencionalidad al ámbito interno, no tomó en cuenta esta posible consecuencia jurídica, así que sobre este punto sentaremos nuestra posición en el acápite siguiente.

Por otro lado, este creciente control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales no sólo se produce –o debería producirse- cada vez que la Corte interamericana resuelve un caso en ejercicio de su competencia contenciosa. También se

---

incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.” (2001: párr. 88)

genera cuando la Corte emite una Opinión consultiva, en ejercicio de su competencia consultiva.

Así lo ha establecido la Corte interamericana en la Opinión Consultiva N° OC-21/14 del 19 de Agosto del 2014, en virtud de la cual, la Corte resuelve un pedido de opinión consultiva realizado por los Estados de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay en relación a los “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”:

... los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos... (2014: párr. 31)<sup>120</sup>

Cabe recordar que la jurisprudencia del TC peruano considera a la Corte interamericana como el “guardián último de los derechos en la región”, tanto en su competencia contenciosa como consultiva:

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. (2002b: párr. 2)<sup>121</sup>

En el caso de la Corte Suprema del Perú, en varias sentencias emitidas en casos de derechos humanos, ha considerado también como vinculante la jurisprudencia de la Corte interamericana y ha dejado sin efecto decisiones que ella misma había emitido. Es el caso de la resolución de fecha 27 de septiembre del 2012 emitida por la Sala penal

---

<sup>120</sup> Subrayado nuestro.

<sup>121</sup> Subrayado nuestro.

permanente de la Corte Suprema, a la que ya hemos hecho mención y que declara la nulidad de la sentencia que esa misma Sala había emitido el 20 de Julio del mismo año en los casos acumulados de Barrios Altos, Pedro Yauli y campesinos del Santa.

La Sala declaró la nulidad de su sentencia anterior en acatamiento de la resolución de seguimiento emitida por la Corte interamericana con fecha 7 de septiembre del 2012 y precisó que no era la primera vez que la Corte Suprema hacía ello sino que ya había un antecedente jurisprudencial en el caso “De la Cruz vs. Perú” ante la Corte interamericana:

[A] pesar de que la Ejecutoria Suprema del veinte de julio del dos mil doce, adquirió firmeza, la misma debe ser removida por ser un obstáculo para el cumplimiento, conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del caso Barrios Altos, a fin de hacerla compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que estimamos que el mecanismo procesal idóneo es la nulidad de la citada Ejecutoria [...] Por lo demás, existe un precedente la resolución dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del veinticuatro de enero de dos mil once [...] a mérito de la Resolución de la Corte Interamericana [...] del primero de septiembre del dos mil diez sobre Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso María Teresa De la Cruz Flores. (Poder Judicial 2012: 4)<sup>122</sup>

En síntesis, consideramos que –a pesar de las apreciaciones críticas que desarrollaremos en el acápite siguiente- el control de convencionalidad es una de las expresiones más importantes de la centralidad de los derechos humanos en este proceso de “interamericanización” del Estado constitucional en el Perú y en muchos países de América Latina.

La sujeción –a nivel interamericano y ahora nacional- de toda norma nacional o decisión judicial o administrativa a los estándares de derechos humanos consagrados por el corpus iuris interamericano –que comprende la jurisprudencia de la Corte-, y, por otro lado, la nulidad directa, *ab initio* y con efecto *erga omnes*, de toda ley o decisión judicial o administrativa encaminada a la impunidad de graves violaciones de derechos

---

<sup>122</sup> Subrayado nuestro.



humanos, sin duda constituyen una muestra clara de la consagración y protección, por fuera de las fronteras de los Estados nacionales, de los derechos fundamentales.

Cabe ratificar aquí nuestra posición en torno a la supuesta posición jerárquica del *corpus iuris* interamericano al interior del ordenamiento constitucional: consideramos que el control de convencionalidad no supone una posición jerárquica superior de los tratados de derechos humanos –al menos no necesariamente- en relación al ordenamiento interno (Bandeira 2015: 241-242).

Consideramos además que esta tutela externa de derechos contribuye a consolidar el Estado constitucional en nuestro país, en el sentido que ha contribuido a mejorar la protección nacional e internacional de tales derechos, a partir de una creciente y dinámica jurisprudencia de los tribunales nacionales que incorpora estándares interamericanos.

Por su parte, esta creciente aplicación del *corpus iuris* interamericano en sede nacional vía el control de convencionalidad, está propiciando una también creciente articulación judicial entre la Corte interamericana y los tribunales nacionales; noción de articulación –que, adelantamos, comprende pero no se agota en el diálogo judicial- y de la que nos ocuparemos en el tercer capítulo del presente documento.

### **2.3.2.1. Apreciaciones críticas al control de convencionalidad**

En el desarrollo y debate doctrinal en el continente sobre esta noción de control de convencionalidad formulada e impulsada por la jurisprudencia de la Corte interamericana, autores como Ariel Dulitzky (Dulitzky: 2014, Dulitzky: 2013 y Dulitzky: 2012), Karlos Castilla (Castilla: 2014 y Castilla: 2013) y Alfredo Vitolo (Vitolo: 2013), han levantado su voz crítica en torno a la noción misma de control de convencionalidad en el caso de Castilla y respecto a las consecuencias jurídicas en el caso de Dulitzky y Vitolo.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Autores como Claudio Nash (Nash: 2012) son partidarios de cierta prudencia hermenéutica al momento de interpretar las consecuencias jurídicas del control de convencionalidad.

Como a continuación desarrollaremos, en resumen las principales críticas a la doctrina interamericana de control de convencionalidad desarrollada por la Corte y gran parte de la doctrina, giran en torno a los siguientes temas: i) Si el control de convencionalidad extendido a los jueces y tribunales nacionales, constituye -o no- una verdadera nueva prerrogativa o simplemente se pretende darle un nombre nuevo a un deber jurídico que tales jueces y tribunales ya tenían; ii) Si el control de convencionalidad extendido a los jueces y tribunales nacionales, también comprende -o no- la posibilidad de ejercerlo respecto a normas constitucionales; iii) Si el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana también comprende -o no- a los Estados que no han sido parte en tales procesos; iv) La complejidad y poca accesibilidad de la jurisprudencia interamericana para los jueces y tribunales nacionales y v) La invisibilidad de la Comisión interamericana (CIDH), en el desarrollo y aplicación del control de convencionalidad.

- i) Si el control de convencionalidad extendido a los jueces y tribunales nacionales, constituye -o no- una verdadera nueva prerrogativa o simplemente se pretende darle un nombre nuevo a un deber jurídico que tales jueces y tribunales ya tenían.

Sobre el particular Karlos Castilla sostiene críticamente:

En su oportunidad lo dije, y dos años después lo reiteré: lo que la CoIDH ha tenido a mal denominar como control de convencionalidad nunca ha sido una novedad sustantiva, pues lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia derivada de esta. Lo cual es muy necesario, pero nada nuevo aporta si se entienden los efectos de adquirir obligaciones internacionales. (Castilla. 2014: p. 151)

Desde el punto de vista de este autor, el control de convencionalidad sería en verdad un “falso control de convencionalidad” (Castilla. 2014: pp. 151 y 161), en el sentido que tan sólo sería “... una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana,

principalmente por los jueces nacionales; pero que, por su erróneo y desaseado uso del término control de convencionalidad ha generado problemas donde no los había...” (Castilla. 2014: p. 162) y que, en ese sentido, sólo constituiría una especificación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que el autor propone denominar como “garantía de tratados”<sup>124</sup>: “... tal parece que estamos más bien en presencia simplemente de lo que, por dar una denominación específica y definitiva, he llamado garantía de tratados. Sin que eso sea en realidad ninguna gran novedad sustantiva, sino tan sólo la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (Castilla. 2014: p. 162)

En esa misma línea pero en un sentido distinto (no crítico), Alfredo Vitolo sostiene que: “... Esta obligación –que no resulta novedosa para países que, como la República Argentina, receptan al derecho internacional dentro de su derecho interno, confiriéndole aplicabilidad directa- es consecuencia lógica del sistema, ya que, de lo contrario, la propia obligatoriedad del tratado quedaría desvirtuada...” (Vitolo. 2013: p. 362)

Sobre esta crítica, consideramos que hay que tomar en cuenta dos aspectos. En primer lugar, que a lo largo del presente documento hemos dejado en claro que por supuesto que el control de convencionalidad ha estado presente desde el primer caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” que sentenció la Corte, en el sentido que es inherente a sus competencias contenciosa y consultiva determinar si las decisiones o normas internas son compatibles -o no- con el *corpus iuris* interamericano.

En otras palabras, es cierto que el control de convencionalidad no es una noción absolutamente nueva y original en la jurisprudencia de la Corte sino una consecuencia, expresión o desarrollo de sus competencias convencionales ya establecidas, en el marco de un proceso de internacionalización de la tutela de

---

<sup>124</sup> Castilla. 2013: pp. 91 y 92.

los derechos fundamentales.<sup>125</sup> El mismo Sergio García Ramírez, creador del término control de convencionalidad, precisa que el mismo “... es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)...” (García Ramírez. 2011: p. 127)

En consecuencia, no compartimos el sentido crítico de esta primera constatación de que el control de convencionalidad no es nada nuevo u original, pues en efecto es sólo eso, una constatación, que todos compartimos y que debe entenderse en el contexto de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en general y del *corpus iuris* interamericano en particular.

En segundo lugar, Karlos Castilla considera que con esta noción de control de convencionalidad, la Corte interamericana se ha extralimitado en sus prerrogativas y ha ido más allá de las fronteras convencionales. Si bien este autor comparte el fin de que el derecho internacional de los derechos humanos sea observado y aplicado en sede nacional, considera que para ello no era necesario ni conveniente la creación de esta noción sino que bastaba con el deber estatal de cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual por cierto que comprende a los jueces y tribunales:

... es una oportunidad para reiterar que estoy a favor de que los jueces (y todas las autoridades) nacionales velen porque los efectos de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) y en general todos los tratados de derechos humanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, pero no por medio de figuras jurídicas que alteren e impongan configuraciones nacionales difíciles de implementar... sino como una incorporación en el quehacer cotidiano de los tribunales nacionales del

---

<sup>125</sup> Cabe recordar aquí lo que ya hemos desarrollado en el presente documento en relación al proceso de superación de la noción tradicional westfaliana de soberanía estatal<sup>125</sup>, en beneficio de una protección internacional de los derechos fundamentales más allá de las fronteras nacionales: “Poco a poco, el derecho internacional de los derechos humanos avanza hacia un reconocimiento verdaderamente universal de los derechos individuales, por encima de los ordenamientos jurídicos domésticos, modificando y limitando el tradicional concepto de soberanía estatal...” (Vitolo. 2013: p. 361)

contenido e interpretaciones autorizadas de los tratados, no para que en todo caso prevalezcan éstos, sino para que siempre sean tomados en cuenta y si en ellos se encuentra una mayor y mejor protección de los derechos humanos, se apliquen sin recato alguno.<sup>126</sup> (Castilla. 2013: p. 55)

Así, para este autor, el juez o tribunal nacional debería hacer prevalecer o aplicar no necesariamente el derecho interamericano sino, en algunos casos, el derecho nacional cuando éste último sea más favorable que el primero: “El juez nacional, lo que debe hacer es conocer, usar, aplicar e interpretar la CADH y demás tratados de derechos humanos, velar porque el objeto, fin y efecto de éstos no se vea mermado por otras normas que integran sus sistema jurídico nacional... Pero en todo caso e independientemente de la jerarquía normativa, es más importante en mi opinión... que se aplique la norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos...”<sup>127</sup> (Castilla. 2013: p. 84)

Sobre este punto, consideramos que el referido autor incurre en dos imprecisiones conceptuales: i) el deber de honrar las obligaciones internacionales no supone –necesariamente- la superioridad jerárquica de los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno y ii) la primacía del derecho interamericano no niega la posible aplicación del derecho interno, cuando éste último sea más favorable.

Sobre incorrecta aplicación del principio de jerarquía normativa a la relación entre derecho internacional y derecho interno, ya hemos sentado nuestra posición en el capítulo 1 del presente documento, en el sentido que consideramos que la primacía del derecho internacional de los derechos humanos tiene como fuente las obligaciones internacionales que en forma libre y soberana asumieron los Estados y no el principio de jerarquía, el mismo que sólo tendrá cierta relevancia si es que cada ordenamiento constitucional le asigna una jerarquía normativa específica a los tratados de derechos humanos.

---

<sup>126</sup> Subrayado nuestro.

<sup>127</sup> Subrayado nuestro.

En cuanto a la primacía del derecho interamericano y su supuesta incompatibilidad con la aplicación de una norma nacional más favorable a los derechos fundamentales, tampoco compartimos la crítica del autor citado, pues la aplicación de la norma más favorable es un principio del derecho internacional, en virtud del cual la norma internacional funciona como piso mínimo sobre el cual, el derecho nacional puede mejorar el contenido de los derechos. Es un error considerar que la primacía del derecho interamericano supone que siempre y en todo momento se aplicará la norma internacional en desmedro de la decisión o norma nacional, pues ello será así sólo cuando ésta última no reconozca o reconozca un contenido menor de los derechos. Así, sólo en los supuestos *in peius* se activará el mecanismo del control de convencionalidad sobre las decisiones o normas internas; si éstas son más favorables que la norma interamericana, el propio derecho internacional establece que deben preferirse aquellas.

- ii) Si el control de convencionalidad extendido a los jueces y tribunales nacionales, también comprende –o no- la posibilidad de ejercerlo respecto a normas constitucionales.

Respecto a esta segunda crítica, Ariel Dulitzky va más allá y llega a cuestionar la extensión misma del control de convencionalidad a los jueces y tribunales nacionales, basada en el artículo 27° de la Convención de Viena y en el artículo 32° del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

... Disentimos de dicha lectura de la Convención de Viena y de los Artículos de Responsabilidad. Los mismos se refieren a la responsabilidad internacional del Estado y no a la manera de incorporación de los tratados ni su posición jerárquica en el derecho interno. Estas normas impiden justificar la violación de cualquier tratado, incluida la Convención, argumentando que una norma interna lo amerita. Pero de allí, no se deriva que la Convención deba tener aplicabilidad directa ni jerarquía superior a la legislación o a la propia Constitución... (Dulitzky. 2014: p. 539)

No compartimos esta posición, por un lado, porque vuelve a confundir el cumplimiento de obligaciones internacionales con la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos y, por otro lado, porque si bien el artículo 27° de la Convención de Viena y otros instrumentos internacionales pueden ser objeto de diversas interpretaciones, lo cierto es que la Corte interamericana los ha interpretado en el sentido que son la fuente normativa que justifican la aplicación en sede interna del *corpus iuris* interamericano a través de la figura del control de convencionalidad.<sup>128</sup> Podemos coincidir o discrepar de la jurisprudencia de la Corte, pero es el derecho interamericano vigente.<sup>129</sup>

Por ello, preferimos concentrarnos en la válida interrogante de si la extensión del control de convencionalidad a todos los jueces y tribunales nacionales, también comprende –o no– la posibilidad que los mismos puedan –eventualmente– dejar sin efecto inclusive una norma constitucional por considerarla incompatible con el *corpus iuris* interamericano; no sólo nos estamos refiriendo a las altas Cortes nacionales (Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales), sino a todos los jueces y tribunales nacionales.

Al respecto, Víctor Bazán se pregunta y responde sobre si las Constituciones nacionales pueden ser susceptibles de control de convencionalidad (Bazán. 2012: p. 33): “La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica... Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién(es) recepta(n) la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos

---

<sup>128</sup> Inclusive autores tan críticos del control de convencionalidad, coinciden que el derecho internacional de los derechos humanos sea observado y aplicado en sede nacional, aunque bajo la figura de “garantía de los tratados” (Castilla. 2013: pp. 91 y 92)

<sup>129</sup> Por lo demás, luego de sus agudas críticas al control de convencionalidad, el mismo Dulitzky concluye que deberíamos contar con un modelo interamericano en el que confluyan el derecho constitucional y el derecho interamericano, en el que, es nuestra interpretación, el control de convencionalidad sea uno de sus engranajes: “A pesar de las insuficiencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana en su análisis y utilización del control de convencionalidad, creemos firmemente en la necesidad de contar con un modelo interamericano integrado donde confluye el derecho constitucional latinoamericano y el derecho interamericano...” (Dulitzky. 2014: p. 560)

tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.” (Bazán. 2012: pp. 33 y 34)

Para este autor, si bien la respuesta afirmativa se impone, a la vez es consciente que no resulta sencillo conferirles “semejante declaración de inconvencionalidad” a todos los jueces y tribunales nacionales y que ello merece una reflexión mayor; es claro que hay consciencia que sería inmenso este poder que se le otorgaría a todos los jueces y tribunales nacionales. En nuestro caso, esa prerrogativa se sumaría a la que ya cuentan de control difuso de constitucionalidad consagrado en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución.

Por su parte, Dulitzky considera que esta potestad judicial de declarar una norma constitucional incompatible con el *corpus iuris* interamericano, debería estar expresamente contemplada en la Constitución, cuestionamiento que por cierto compartimos porque la propia jurisprudencia de la Corte ha insistido que este control de convencionalidad en sede nacional, debe ser ejercido conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para tal efecto:<sup>130</sup>

... la Corte puede estar solicitándole a los tribunales que ejerzan un control que no están autorizados constitucionalmente a realizar... La mayor complicación resulta cuando la Corte ubica a la Convención por sobre la propia Constitución y exige que se haga un control de convencionalidad de la misma Constitución y en su caso no se la aplique... No explica la Corte, p. ej., cómo los jueces pueden

---

<sup>130</sup> En esta misma línea el propio creador de la noción de control de constitucionalidad, Sergio García Ramírez: “Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario u opinable –y en todo caso depende de las circunstancias nacionales- el método que se elija... Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control... Fundo mi parecer en las reiteradas –constantes, enfáticas y ciertamente deliberadas- expresiones de la Corte Interamericana a propósito del control de convencionalidad conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para este efecto...” (García Ramírez. 2011: p. 151)



ejercer este control en país donde el control de constitucionalidad es concentrado... (Dulitzky. 2014: pp. 541 y 542).

Por tal razón, el propio creador del término “control de convencionalidad”, el mexicano Sergio García Ramírez plantea filtrar o atemperar este poder o prerrogativa conferida a todos los jueces y tribunales nacionales, con la creación de una suerte de “excepción de convencionalidad” en virtud del cual, este control de convencionalidad ejercido en forma difusa por jueces y tribunales en sede nacional, debería merecer una obligatoria revisión por parte de las altas Cortes (Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales).<sup>131</sup> En cierta forma plantea re-concentrar el control de convencionalidad en sede nacional:

... es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay costumbre de control concentrado y escaso manejo del derecho internacional, además de vientos de fronda que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia... Estas consultas operarían de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en otros ordenamientos... que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Ojalá que éste fuese el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia... (García Ramírez. 2011: p. 152)

Nosotros coincidimos con este enfoque. Por un lado, la Corte interamericana ejerce –desde sus orígenes- una suerte de control concentrado de convencionalidad en el ámbito interamericano. Por otro lado, a partir de los casos *Almonacid c. Chile* y *Trabajadores cesados del Congreso c. Perú*, la Corte decide extender dicho control de convencionalidad a los jueces y tribunales nacionales, con lo cual, se desprende que lo que ha hecho es crear un control difuso de convencionalidad pero en aquellos países que contemplan esta modalidad de control.

---

<sup>131</sup> En forma similar, Ariel Dulitzky plantea la regulación de una cuestión prejudicial pero directamente ante la Corte interamericana: “... debería establecerse un mecanismo que permita elevar en consulta a la Corte causas que estén pendientes ante los tribunales nacionales. Se podría seguir en este sentido el modelo de la Unión Europea...” (Dulitzky. 2014: p. 562)

En aquellos países que sólo consagran control concentrado, consideramos que resulta aplicable lo que señala la propia jurisprudencia de la Corte interamericana, cuando señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido en sede nacional, conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para tal efecto.<sup>132</sup> Esto es, en estos casos el control de convencionalidad sobre normas constitucionales será ejercido sólo por las altas Cortes que ostentan el control concentrado.

En el caso del Perú, como ya dijimos, si bien el segundo párrafo del artículo 138° contempla la modalidad de control difuso ejercido por todos los jueces y tribunales, así como el control concentrado constitucional en cabeza del TC y de la Corte Suprema en el caso de la acción popular, nuestro ordenamiento procesal constitucional vigente, finalmente, hace prevalecer la decisión del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema sobre las decisiones de jueces y tribunales, esto es, a que prevalezca el control concentrado sobre el difuso:

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.<sup>133</sup>

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Sobre el particular, Claudio Nash advierte que el ejercicio del control de convencionalidad por parte de jueces y tribunales "... no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno..." (Nash. 2012: p. 60), pues ello dependerá de las prerrogativas que sobre el particular cada ordenamiento constitucional le ha conferido a los jueces ordinarios.

<sup>133</sup> Segundo párrafo, artículo VI Título Preliminar, Código procesal constitucional.

<sup>134</sup> Artículo 3° segundo párrafo del Código procesal constitucional.

Por otro lado, en el caso peruano, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código procesal constitucional,<sup>135</sup> han incorporado en el bloque de constitucionalidad, esto es, en el parámetro de evaluación de la constitucionalidad o no de una norma nacional, el *corpus iuris* interamericano, incluyendo la jurisprudencia interamericana.

En consecuencia, consideramos que en nuestro ordenamiento, si bien todos los jueces y tribunales tienen la potestad de ejercer control difuso de convencionalidad incluso sobre normas constitucionales, el mismo deberá ser revisado por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, según corresponda, de conformidad con lo establecido por el ordenamiento procesal constitucional vigente que consagra la prevalencia del control concentrado sobre el difuso.

- iii) Si el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana también comprende –o no– a los Estados que no han sido parte en tales procesos.

Como ya adelantamos en el acápite anterior, en el caso del Perú las sentencias de la Corte interamericana si tienen efecto *erga omnes*, así el Estado no haya sido parte, en virtud de la jurisprudencia de la Corte interamericana<sup>136</sup> y del Tribunal Constitucional peruano, así como de nuestra propia Constitución y el Código procesal constitucional.

Sin embargo, algunos autores cuestionan este efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte interamericana, pues sostienen que la Convención Americana sólo contempla la eficacia *inter partes* de las mismas, esto es, que sólo surten efectos respecto al Estado que fue parte en un proceso determinado.

Para Dulitzky:

---

<sup>135</sup> “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

<sup>136</sup> Recordemos que en el caso “Almonacid Arellano c. Chile”, la Corte sostuvo en relación al control de convencionalidad en sede nacional que “... En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (2006: párr. 124)

En ninguna parte del texto convencional surge que la jurisprudencia de la Corte sea obligatoria para los Estados parte de la Convención que no hayan sido parte en el litigio ni que los tribunales nacionales deban respetar tal jurisprudencia. A través de la teoría del control de convencionalidad la Corte transforma al derecho internacional en un sistema de precedentes, similar al *common law*... El art. 68.1 claramente dice que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, pero no en casos en los que no son partes... (Dulitzky. 2014: pp. 547 y 548)

En esa misma línea, Alfredo Vitolo afirma en relación al artículo 68.1° de la CADH:

La norma es tan clara y precisa que no merecería comentarios. Sin embargo sorprenden las argumentaciones (por otra parte escasas) para tratar de leer en la cláusula, con argumentaciones voluntaristas, lo que esta no dice, sosteniendo que cuando la norma dice “en todo caso en que (los Estados) sean partes”, debe entenderse también “aun cuando el Estado no haya sido parte”. (Vitolo. 2013: p. 368)

Vitolo concluye así que “Este criterio de la Corte Interamericana violenta el consentimiento otorgado por los estados cuando, a través de la Convención Americana, establecieron el tribunal y le fijaron sus atribuciones, limitando su soberanía al otorgarle a la Corte ciertas competencias. Es precisamente por esta última razón que no resulta posible interpretar las atribuciones de la Corte Interamericana en forma extensiva, yendo más allá de lo que los estados pudieron haber pretendido e interpretado al celebrar el tratado.” (Vitolo. 2013: p. 365)

Nosotros en cambio consideramos que la Corte interamericana si puede interpretar sus atribuciones en forma extensiva y, en definitiva, lo ha hecho todos estos años al ampliar el contenido de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos interamericanos o consagrar otros nuevos

derechos que se desprendan de aquellos, como el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la verdad o los derechos de los pueblos indígenas.

Ciertamente esta interpretación extensiva debe ejercerse con prudencia por parte de la Corte y precisando luego de oír las críticas y preocupaciones que autores como los citados han formulado en relación a este y otros temas. Pero reiteramos que –en nuestra opinión– la Corte si puede hacer una interpretación extensiva de sus competencias, porque la intención de lo que aprobaron la CADH no debería ser el único criterio de interpretación a tomar en cuenta, sino el principio de dignidad humana, el carácter expansivo de los derechos humanos, entre otros.

Por lo demás, la literalidad de la CADH muestra que fue redactada tomando en cuenta los retos de derechos humanos existentes en ese momento histórico – como no podría ser de otro modo– y que, por ende, corresponde a sus órganos de interpretación y aplicación, como la Corte y la Comisión, desarrollarla y actualizarla.<sup>137</sup>

- iv) Complejidad e insuficiente accesibilidad de la jurisprudencia interamericana para los jueces y tribunales nacionales.

Otra crítica que se hace al control de convencionalidad es la complejidad alcanzada y la insuficiente accesibilidad de la jurisprudencia interamericana para los jueces y tribunales nacionales, lo que haría difícil su correcta aplicación en sede doméstica o peor aún, se corre el riesgo de una mala o distorsionada aplicación del control de convencionalidad.

---

<sup>137</sup> Similar interpretación se ha construido respecto de los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Según García Roca: El TEDH... no parece dudar de esta eficacia erga omnes de sus decisiones según es inevitable en un sistema de garantía colectiva, y no fundado en la mera reciprocidad. Pero no falta quien todavía discute su eficacia vinculante. No en balde el artículo 16.1 CE, al reconocer la fuerza obligatoria (*binding, force obligatoire*) de las sentencias, establece la obligación de los Estados de “acatar”... las sentencias definitivas pero la restringe a “los litigios en que sean partes”. Un tenor restrictivo, sobrepasado por la realidad de la jurisprudencia, pero que debería llevar antes o después a la reforma del Convenio para que las normas se adecúen a la realidad... (2012: 221 y 222)

Al respecto, Karlos Castilla sostiene que “... si la Corte IDH exige mucho a los tribunales internos, también ella debe exigirse para transmitir mensajes claros y cognoscibles para todos los destinatarios... a establecer cómo se usa su jurisprudencia y crear una reseña o sumario de ésta, de tal modo que quien desee conocerla y aplicar su jurisprudencia, no tenga que leer varios miles de páginas para descubrirla...” (Castilla. 2013: p. 94).

Consideramos que es una crítica válida si tomamos en cuenta el deber de observar no sólo los tratados de derechos humanos, sino también la jurisprudencia interamericana con efecto *erga omnes*. En el caso de la Corte interamericana, deben revisarse no sólo las sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sino también las resoluciones de seguimiento del cumplimiento de aquellas, las medidas provisionales que excepcionalmente emita y las opiniones consultivas.

Además, tal como abordaremos en el punto siguiente, cuando se habla de jurisprudencia interamericana se suele pensar sólo en la Corte y obviar a la Comisión interamericana, que es el otro órgano del sistema y que, por ende, sus informes y decisiones también deben ser tomados en cuenta en el ejercicio del control de convencionalidad: informes de admisibilidad o de no admisibilidad, informes de fondo, medidas cautelares, soluciones amistosas debidamente homologadas, absolución de consultas formuladas por los Estados, informes de país, temáticos y anuales.

Como puede apreciarse de este rápido recuento, el *corpus iuris* interamericano – sobre todo en relación a su jurisprudencia- se ha vuelto frondoso y complejo, por lo que su correcta aplicación en sede nacional vía control de convencionalidad, requiere su cabal conocimiento por parte de jueces y tribunales nacionales, algo que aún es la excepción y no la regla. Sólo de las altas Cortes nacionales podría predicarse un cierto manejo y conocimiento del *corpus iuris* interamericano, pero no respecto de otras instancias judiciales (con honrosas excepciones, como siempre).

Esta situación no descalifica el control de convencionalidad en sede nacional, pero sí plantea un serio problema que de no ser asumido y enfrentado, puede generar efectos perversos como la aplicación demagógica o distorsionada del control de convencionalidad en la región. Ante ello, autores como Dulitzky plantean que “... la Corte debe desarrollar una política sistemática para que los jueces y abogados... conozcan de manera actualizada los desarrollos jurisprudenciales en América Latina que apliquen la Convención.” (Dulitzky. 2014: p. 567)

Esta política sistemática debería comprender, entre otras medidas concretas, mejorar sustancialmente el acceso a la jurisprudencia interamericana a través de *web sites* más amigables tanto de la Comisión como de la Corte interamericana; ésta última ha avanzado en este sentido, pero la Comisión aún no. Por otra parte, en alianza con otras organizaciones internacionales o Altas Cortes nacionales, implementar planes de formación en derecho interamericano dirigido a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados nacionales. Finalmente, Comisión y Corte deberían implementar un sistema de alerta rápida y sencilla –a través de las redes sociales- sobre sus decisiones y criterios jurisprudenciales.

- v) La invisibilidad de la Comisión interamericana (CIDH), en el desarrollo y aplicación del control de convencionalidad.

Compartimos la crítica que advierte que la Comisión interamericana de derechos humanos (CIDH), el otro órgano del sistema junto con la Corte, no suele ser tomada en cuenta en la reflexión y debate sobre el control de convencionalidad y el diálogo judicial<sup>138</sup>. Ha sido la propia Corte la que ha contribuido –no de mala fe, ciertamente- a tal situación al referirse sólo a su jurisprudencia como parámetro del control de convencionalidad y al autoerigirse como la intérprete suprema de la CADH en el continente americano. Sobre el particular, Dulitzky considera que la Corte:

---

<sup>138</sup> La invisibilización de la Comisión en el diálogo judicial será abordada más adelante en el acápite sobre ese tema.

... debe analizar mucho más seriamente el valor de las decisiones de la Comisión Interamericana. La Corte debería explicar como mínimo ¿cuál es el valor interpretativo de la práctica de la CIDH? ¿Cuál es el grado de deferencia que le otorga, cuándo debe seguirla y cuándo apartarse de ella? En particular en este momento en que la Comisión ha cambiado su rol de representante de los intereses de las víctimas a tuteladora del orden público interamericano, la Corte debe ser mucho más seria con la consideración de los argumentos de su par interamericano. Y, principalmente, debe estipular que la Convención interpretada por la Corte y la Comisión es el parámetro de control de convencionalidad. (Dulitzky. 2014: p. 566)

Si bien la Corte reconoce el valor y fuerza de las decisiones de la Comisión, las sigue considerando –en palabras de uno de sus ex presidentes- “*soft law*” y que la Corte es la única “intérprete oficial” de la CADH:

... Existe una fuerte tendencia a dotar a este *soft law* de creciente eficacia. La Corte Interamericana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*... la Corte... Es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana, que no es un ente judicial. (García Ramírez. 2011: p. 135)

Si bien en el caso del Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha erigido a la Corte interamericana como intérprete último interamericano, de un análisis de la Convención Americana, no se desprende que la Corte interamericana sea el único intérprete oficial del *corpus iuris* interamericano; muy por el contrario, es claro que la CADH diseñó un sistema “bifronte” (Dulitzky. 2014: p. 551) de interpretación interamericana, esto es, un sistema con dos cabezas: la Corte y la Comisión, sin que existe entre ambas una relación de jerarquía.<sup>139</sup> Al respecto, para Dulitzky:

---

<sup>139</sup> “... este papel de intérprete “último” del tribunal no surge ni puede ser inferido de norma alguna y –lamentablemente- la Corte Interamericana ha realizado esta afirmación en forma dogmática, sin pretender en ningún momento dar las razones en las que funda su posición.” (Vitolo. 2013: p. 370)



... Por un lado, la Comisión es uno de los dos órganos encargados de monitorear la Convención (art. 33) y órgano consultivo especializado de la Organización en materia de derechos humanos (art. 106, Carta de la OEA). Junto a la Corte, la Comisión Interamericana también tiene asignada funciones en materia de casos y le otorga facultades para exponer “conclusiones” sobre alegadas violaciones a la Convención (arts. 50 y 51). La Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, algunas de ellas cuasi-judiciales, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva es correcto sostener que no establece jurisprudencia. Sin embargo, la Convención no le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión un rango jerárquico particular ni establece un único intérprete final de la Convención... permite una decisión final de la Comisión en virtud del art. 51 o de la Corte en virtud de los arts. 61 y ccs. Así, la Convención crea dos posibilidades de decisiones e interpretaciones finales. Por lo tanto, el valor de la interpretación de ambos órganos expresada en casos debe ser considerado con igual importancia. (Dulitzky. 2014: pp. 549 y 550)

Coincidimos con el autor citado de que no se desprende de la CADH que la Corte interamericana sea el único -ni menos aún el “oficial”- intérprete del *corpus iuris* interamericano, sino que son dos los órganos que lo interpretan y que entre ambos no existe una relación de jerarquía: la Corte y la Comisión.

Ahora bien, dicho lo anterior, en este punto tenemos dos matices de discrepancia con Dulitzky. Por un lado, discrepamos cuando sostiene que la Comisión ejerce funciones “cuasi-judiciales”; desde nuestro punto de vista, algo tiene -o no- una naturaleza o calidad jurídica determinada, no la tiene “casi” (cuasi). En tal sentido, consideramos que debe determinarse si la Comisión ejerce -o no- funciones jurisdiccionales y si la respuesta es negativa, qué naturaleza de funciones cumple entonces.

Por otro lado, si bien partimos de la certidumbre que entre Corte y Comisión no hay una relación de jerarquía y que sus decisiones deben ser incorporadas en el parámetro del control de convencionalidad, no estamos convencidos que las

decisiones de ambos órganos -en el sistema de peticiones individuales-, tengan necesariamente y en todo los casos el mismo valor jurídico.

Sobre el primer matiz, cabe preguntarse ¿qué naturaleza jurídica ostenta la Comisión? ¿judicial? ¿prejudicial? ¿política? ¿mixta? ¿técnica? No es un órgano de naturaleza judicial porque no se llama tribunal ni corte y no emite sentencias sino informes (recomendaciones); está claro que el único órgano judicial en el sistema interamericano es la Corte; no es razonable postular que la CADH, en realidad, creó dos órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, consideramos que la Comisión cumple importantes actividades no jurisdiccionales, como las visitas *in loco* a los países, los comunicados de prensa de condena o saludo de diversos hechos vinculados a los derechos humanos en el continente, las audiencias públicas, asesoría a los Estados o la OEA cuando así se lo solicitan, entre otras.

Por otro lado, si bien la Comisión es la puerta de entrada del sistema de peticiones individuales y en ese sentido cumple un rol fundamental, no creemos que tales funciones sean de naturaleza judicial sino, en todo caso, prejudicial, esto es, previo a un posible proceso judicial ante la Corte. Al respecto, es interesante que la reforma del reglamento de la Corte del año 2009, le haya asignado a la Comisión un papel de garante del “interés público” interamericano<sup>140</sup>, que algunos(as) abogados(as) de la Secretaría ejecutiva de la Comisión, han convenido en denominar “orden público interamericano”.<sup>141</sup>

En tal sentido, creemos que podría concluirse que la Comisión cumple funciones mixtas, tanto técnicas como prejudiciales, en su condición de garante del “orden

---

<sup>140</sup> “... la Comisión será la representante procesal de las presuntas víctimas como garante del interés público bajo la Convención Americana, de modo a evitar la indefensión de las mismas.” (artículo 34.3° Reglamento de Corte interamericana)

<sup>141</sup> “Un último punto que es importante destacar es el referido al aspecto del “orden público interamericano”. La reforma reglamentaria de la Corte IDH, especialmente en su exposición de motivos, hace referencia a la modificación del rol de la CIDH en el trámite ante el tribunal. También se indica que la Comisión, como órgano del SIDH, asume una defensa del orden público interamericano involucrado en los casos...” (Serrano. 2012: pp. 328 y 329)

público interamericano”. Sin embargo, somos conscientes que esta reflexión sobre la naturaleza jurídica de un órgano *sui generis* como la Comisión, aún está inacabada y merecería una mayor y serena reflexión continental.

Respecto al segundo matiz, ratificamos que compartimos la crítica de que las decisiones de la Comisión también deberían ser tomadas en cuenta como parámetros interamericanos en el ejercicio del control de convencionalidad. Nuestra interrogante es si esa parte del *corpus iuris* interamericano tiene el mismo valor o fuerza jurídica que las sentencias de la Corte interamericana.

Hay dos aspectos que nos inclinan a pensar que no tienen el mismo valor y que la “jurisprudencia” de la Corte goza de una fuerza mayor en los casos y temas en los que se pronuncia. Por un lado, la incertidumbre en el conocimiento de las decisiones de la Comisión es bastante mayor en comparación con la Corte; en tal sentido, creemos que la mayor o menor seguridad jurídica en la determinación del parámetro a aplicar en el control de convencionalidad, debe tener un peso.

Por otro lado, si bien es verdad lo que acota Dulitzky que el trámite una petición puede culminar en la Corte o en la Comisión y que ambas decisiones finales deben ser cumplidas por los Estados, también es verdad que cabe la posibilidad que la Comisión “somete” la petición a la Corte, con lo cual, en nuestra opinión, este sistema interamericano bifronte también contempla un supuesto de cierre en el que la Comisión decide –en forma autónoma- que la palabra final la tenga la Corte.

Si esto último es así, en especial a partir de la reforma reglamentaria de la CIDH del año 2001 en virtud de la cual la Comisión ya no decide con absoluta discrecionalidad qué casos pasan a la Corte y qué casos no, entonces consideramos que las sentencias de la Corte –en los casos que la Comisión demande ante ella- tendrán una fuerza mayor que las decisiones de la Comisión. Ciertamente, en los casos o temas en los que no haya habido un pronunciamiento de la Corte sino sólo decisiones de la Comisión –por ejemplo cuando una petición culmina con un informe final de fondo del artículo 51° de la CADH-,

creemos que tales criterios interamericanos de la Comisión tendrán el mismo peso que los de la Corte.

Estos matices de discrepancia no enervan, sin embargo, nuestra coincidencia con la crítica central en este punto, cual es que hay una deuda pendiente que saldar a favor de la CIDH, que en pie de igualdad con la Corte, integran el sistema interamericano y que, por ende, sus decisiones también deberían ser tomadas en cuenta al momento de aplicar el control de convencionalidad en sede nacional.

### **2.3.2.2. Distorsión del control de convencionalidad por parte del anterior Tribunal constitucional peruano**

En este punto, no podemos dejar de alertar también que si bien, por un lado, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional del Perú han incorporado no sólo los estándares interamericanos de derechos humanos sino que, tal como acabamos de ver en el caso “Barrios Altos”, la Corte Suprema ha procedido a aplicar control de convencionalidad dejando sin efecto uno de sus fallos, por otro lado sin embargo, también hemos visto en algunos casos un uso distorsionado del control de convencionalidad por parte del anterior Tribunal constitucional peruano que durante mucho tiempo fue, en los hechos, un tribunal provisional pues seis de sus siete miembros estaban con los plazos largamente vencidos y el Parlamento aún no había sido capaz de nombrar a sus reemplazantes.<sup>142</sup>

En el caso Panamericana Televisión, el anterior TC (2014b) hizo una aplicación distorsionada e indebida del control de convencionalidad para librar a la persona jurídica demandante de una millonaria deuda tributaria.

Panamericana Televisión mantenía una deuda tributaria con la Sunat (Superintendencia nacional de administración tributaria) de más de 117 millones de soles y presentó una demanda de amparo porque supuestamente dicha deuda afectaba sus derechos fundamentales a i) fundar medios de comunicación, ii) a la participación ciudadana, iii)

---

<sup>142</sup> Felizmente, en el año 2014 el Parlamento eligió a seis nuevos magistrados(as) del TC, respecto de los cuales, se puede discrepar ideológicamente pero cuya honestidad y credibilidad no están en entredicho.

a la propiedad y iv) libertad de empresa. Sostenían que esa deuda se había generado durante la irregular administración judicial de Genaro Delgado Parker, conocido empresario de televisión que se hizo del control de Panamericana Televisión gracias a una irregular medida cautelar dictada por el Poder Judicial que, años después, fue revocada. En consecuencia, los actuales titulares de dicho Canal de televisión sostenían que ellos no eran responsables de dicha deuda tributaria y que, por ende, no tenían que pagarla.

El Tribunal constitucional le dio la razón esgrimiendo que -en este caso- aplicaba el control de convencionalidad, consagrado y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte interamericana. Sin entrar a detalles del caso, consideramos que estamos frente a una aplicación totalmente distorsionada e indebida del control de convencionalidad, entre otras razones, por las siguientes:

- En ningún pasaje de la sentencia el TC señala qué derechos fundamentales consagrados en el corpus iuris interamericano, habría violado la deuda tributaria mencionada. Podemos especular que era el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21° de la CADH, pero tal como hemos explicado líneas arriba, el control de convencionalidad supone que la Corte interamericana o un tribunal nacional encuentra que una ley, decisión administrativa o judicial resulta incompatible con la Convención americana y considera que hay que expulsarla del ordenamiento, a través de algún razonamiento lógico jurídico<sup>143</sup>, inexistente en el caso de la sentencia del TC bajo comentario.
- El TC invoca las sentencias de la Corte interamericana en el caso “Baruch Ivcher contra Perú”, dando a entender que el supuesto del demandante Panamericana Televisión es similar. Pero ello no es verdad. Si bien la Corte dice que “con el propósito de garantizar que su derecho patrimonial sobre dicho capital no se vea afectado por deudas tributarias generadas por actos ilícitos del propio Estado” (2009a: párr. 45), dicho criterio jurisprudencial no era aplicable al caso de la demandante Panamericana Televisión porque la

---

<sup>143</sup> Por ejemplo, en algunas últimas sentencias de la Corte interamericana como en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica (2012b), se recurre al test de proporcionalidad; se puede discrepar si se aplicó correctamente o no, pero lo cierto es que hay un razonamiento jurídico.

deuda tributaria que mantenía, no había sido generada “por actos ilícitos del propio Estado”, como sí lo determinó la propia Corte interamericana en el caso de Baruch Ivcher (pérdida de nacionalidad peruana, retención de pasaporte, entre otros).

En el caso de Panamericana Televisión, si bien hay fuertes indicios que el ex administrador judicial Genaro Delgado Parker se hizo del control temporal del Canal gracias a una medida cautelar amañada y corrupta, consideramos que ello debía haberse determinado previa y judicialmente. Creemos que el TC no podía endilgarle al Estado peruano responsabilidad en la generación de la deuda tributaria asumiendo *a priori* -y sin ninguna referencia a pronunciamiento o investigación judicial alguna-, que el administrador judicial fue designado en forma corrupta.

- Los pronunciamientos de la Corte interamericana en el caso Baruch Ivcher contra el Perú, en especial el fallo de seguimiento de cumplimiento de sentencia de fecha 24 de Noviembre del 2009, tampoco resultaban aplicables al caso de Panamericana Televisión, pues en el primer supuesto estamos frente a una persona natural cuyos derechos fueron vulnerados por el Estado peruano, en tanto en el segundo supuesto estamos frente a un demandante que es una persona jurídica. En consecuencia, resulta muy discutible que un precedente jurisprudencial interamericano –que es un sistema de justicia competente sólo en relación a personas naturales- sea invocado y aplicado a un caso de violación de derechos de una persona jurídica.

El fallo de la Corte interamericana de fecha 24 de noviembre del 2009 fue muy claro en establecer que la solicitud al Estado peruano para que se abstenga de cobrar la deuda tributaria de Frecuencia Latina, no era en consideración de dicha persona jurídica sino para “restablecer el uso y goce de los derechos del señor Baruch Ivcher”, esto es, una persona natural: “a fin de restablecer el uso y goce de los derechos del señor Ivcher Bronstein como accionista mayoritario de la empresa, conforme lo era hasta el 1 de agosto de 1997, y con el propósito de garantizar que su derecho patrimonial sobre dicho capital no se vea afectado por deudas tributarias generadas por actos ilícitos del propio Estado” (2009a: párr. 45).

## **2.4. Incorporación de estándares interamericanos en normas y decisiones del Estado peruano**

A continuación, cuatro ámbitos del ordenamiento constitucional peruano, en los que creemos los estándares interamericanos de derechos humanos se han enraizado: i) la hasta ahora frustrada ampliación de la pena de muerte, ii) el combate al terrorismo y el proyecto de ley de negacionismo, iii) la ratificación –o no- de jueces y fiscales por parte del CNM, respetando las garantías del debido proceso y iv) la adecuación de la justicia militar al Estado constitucional interamericano.

### **2.4.1. Debate constituyente en el CCD sobre la ampliación de la pena de muerte en el Perú y Opinión consultiva OC-14/94 de la Corte interamericana**

Como se sabe, la Constitución política de 1979 no abolió pero sí restringió su posible aplicación a un solo supuesto de hecho: en caso de traición a la patria en el curso de guerra exterior<sup>144</sup>. Los debates de la Comisión principal de la Asamblea constituyente de 1978 dan cuenta que los constituyentes de diversas orientaciones ideológicas coincidieron en restringir la aplicación de la pena de muerte en nuestro país y algunos como Javier Valle-Riestra se declararon abiertamente abolicionistas.

En forma casi paralela, el Estado peruano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 9 de septiembre de 1980, la misma que en sus artículos 4.2° y 4.3° consagró que “[e]n los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves [...] Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente [...]. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.” De esta manera, tanto en el ámbito constitucional como en el interamericano, quedaba, si bien no abolida, restringida la aplicación de la pena de muerte a un único supuesto de hecho.

Sin embargo, cuando a propósito del golpe de Estado del ex Presidente Alberto Fujimori del 5 de abril de 1992, se abrió el escenario de debatir y aprobar una nueva Constitución política, uno de los temas que más debate generó en el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993 fue, precisamente, la intención de diversos representantes

---

<sup>144</sup> “No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior.” (artículo 235°, Constitución 1979)

parlamentarios de ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte. Ciertamente este debate no era gratuito sino que era consecuencia de la clara intención de régimen fujimorista de reimplantar la pena de muerte como parte de su estrategia antiterrorista, sintonizando así con el mayoritario sentimiento ciudadano de entonces, aterrorizado por el demencial avance senderista y, en menor medida, del MRTA.

Sin embargo, pese a que el comprensible miedo ciudadano frente al terrorismo había encontrado eco en el debate de la nueva Carta política fruto del golpe de Estado de Fujimori, el Diario de Debates del CCD revelan que si bien se ensayaron y discutieron varias fórmulas de interpretación y redacción constitucional destinadas a ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte, el debate siempre tuvo como norte no propiciar la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ni siquiera fujimoristas del fuste de la congresista Martha Chávez plantearon en ese momento la denuncia de la Convención para ampliar los supuestos de pena de muerte, sino que ensayaron fórmulas interpretativas que intentaron pero que, al final, no lograron ampliar tales supuestos y, felizmente, pese al salvajismo de los actos terroristas de Sendero Luminoso y del MRTA y, en ocasiones, de la brutal respuesta de los fuerzas del orden, no se reimplantó la pena de muerte en nuestro país<sup>145</sup>.

Al respecto, la entonces congresista Lourdes Flores Nano del PPC sentó posición en este mismo sentido de ser cuidadosos de no denunciar el Pacto de San José:

[S]oy consciente de que hay un segundo problema, que lo advertimos desde el primer momento, y que es, sin duda, el que me preocupa más como Estado peruano, que es que como signatarios del Pacto de San José de Costa Rica tenemos ahí un problema de índole internacional [...] De las distintas posiciones que he oído sobre la materia [...] Me inclino más [...] por lo que otros especialistas plantean, es decir, la tesis de invocar la Convención de Viena y solicitar para el Estado peruano una situación de excepción que el

---

<sup>145</sup> Sabemos que la aplicación de la pena capital para delitos tan graves como el terrorismo o la violación sexual y muerte de menores de edad, siempre ha despertado y despertará encendidos debates en nuestro país y que la posición abolicionista de la pena de muerte siempre nadará en contra de una opinión mayoritaria a favor de la imposición de la pena capital ante estas situaciones. Pero sin ser objeto de la presente tesis, sólo debemos señalar a favor de nuestra posición que gracias a la no aplicación de la pena de muerte durante esos duros años de los ochentas y noventas, varios inocentes injustamente acusados de terrorismo o traición a la patria, tarde o temprano lograron probar su inocencia; si se les hubiese aplicado la pena de muerte, ello ya no habría sido posible.



propio Pacto de San José de Costa Rica admite [...] En este tema, desde luego, debemos ser absolutamente cautos para que quede muy claro que, aun admitiendo el Estado peruano una situación excepcional y un tratamiento sumamente drástico, como es éste de la modificación constitucional para admitir la pena de muerte, es voluntad del Estado peruano seguir siendo parte de los convenios internacionales que regulan los derechos humanos y es voluntad del Estado peruano admitir la jurisdicción internacional de los organismos que así los protegen. (Congreso de la República del Perú 2001d: 2776)

En el mismo sentido, la congresista fujimorista Martha Chávez afirmó sobre el particular y dejando sentada así la posición política del régimen de ese entonces:

Me inclino por la reforma constitucional, en debate sereno dentro del propio Congreso Constituyente, sin referéndum. Y pido, señor Presidente, que todas las implicancias en relación con el Tratado de San José sean debidamente estudiadas, que busquemos el asesoramiento más especializado en la materia, para que en lo posible nos mantengamos dentro de los alcances de esta Convención y que la recomendación que hagamos al Pleno, y desde el Congreso a todo el país, sea la demostración clara de que nuestra voluntad es no apartarnos de una Convención que, efectivamente, cubre con amplitud los derechos fundamentales en el país. (Congreso de la República del Perú 2001a: 538-539)

Asimismo, un representante del grupo parlamentario “Renovación” aliados conservadores del régimen fujimorista, congresista Ortiz de Zevallos Roédel, sostuvo una posición bastante parecida:

[L]a Convención de Costa Rica tiene una Comisión que tiene por objeto obligar a todos los países al cumplimiento de dicha Convención. En consecuencia, esta Comisión determina la medida a dictar en el caso de que el Convenio sea incumplido por cualquiera de los países firmantes. Si no existiese la Comisión, no habría Tratado. La Comisión es el órgano encargado de hacer cumplir la Convención. Si nosotros incumplimos el Tratado, la Comisión podrá emitir cualquier tipo de resolución, de acuerdo con su criterio [...] La Convención expresa una clara nota de progresividad consistente en que si llegara a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final. (Congreso de la República del Perú 2001a: 542-543)

El congresista Ortiz de Zevallos Roédel planteó entonces no modificar el artículo 235° de la Constitución de 1979 sino re-interpretarlo y, de esta manera, sortear la prohibición de ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte prevista en la Convención Americana:

Para pronunciarse sobre este proyecto, hay que tener en consideración lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 4° de la Convención de Costa Rica, que prohíbe que el país que no haya abolido la pena de muerte pueda establecer esa pena para otro delito distinto al previsto en su ley vigente [...] En consecuencia, no se puede prescribir, dentro de la nueva Constitución, la pena de muerte que no haya estado prevista en la Constitución Política de 1979, que es a la que se refiere —tratándose del Perú— la Convención de San José de Costa Rica [...] Habida cuenta esta situación jurídica y siendo muy grave quedar incurso en el incumplimiento de esa Convención, no hay otro medio legal que interpretar el artículo 235° de la Constitución Política. (Congreso de la República del Perú 2001d: 2759-2760)

El texto constitucional finalmente aprobado se plasmó en lo que hoy es el artículo 140° de la Constitución vigente, que amplió e incorporó dos supuestos nuevos para la aplicación de la pena de muerte: i) traición a la patria en caso de “guerra” (exterior e interna) y ii) terrorismo<sup>146</sup>.

Si bien ampliaron los supuestos de hecho de aplicación de la pena de muerte en relación a lo que consagraba la Constitución de 1979, la parte final del referido artículo constitucional impidió en la práctica que dicha ampliación de supuestos se concretara (“...conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.”).

En ese momento, ello generó una rápida reacción de la Comisión interamericana de derechos humanos, la misma que el 8 de noviembre del 1993 —poco antes que la nueva Constitución peruana fuera votada y aprobada por estrecho margen en referéndum— solicitó a la Corte interamericana una opinión consultiva ante “La incorporación de una disposición, en el Artículo 140° de la nueva Constitución del Perú, mediante la cual se amplían los casos de aplicación de la pena de muerte a delitos exentos de la aplicación de esa pena en la Constitución Política vigente desde el año 1979, en contradicción con

---

<sup>146</sup> “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.” (artículo 140°)

lo previsto en el Artículo 4º, párrafos 2 y 3, de la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1994: párr. 2).

Pese a que era claro que la Comisión había solicitado una opinión consultiva a la Corte motivada por esta “inconvencional” ampliación de los supuestos de pena de muerte en la que había incurrido el artículo 140º de la Constitución peruana de 1993, las preguntas que formuló a la Corte fueron generales y se centraron en determinar, por un lado, qué efectos jurídicos deberían tener las normas nacionales que violaran la Convención americana y, por otro lado, qué obligaciones jurídicas tendrían los funcionarios estatales en relación a tales normas:

1. Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?
2. Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios? (1994: párr. 1)

Al final, la Corte emite la Opinión consultiva OC-14/94 de fecha 9 de diciembre de 1994, en la que no hace una mención específica a la supuesta vulneración por parte del artículo 140º de la Constitución peruana del artículo 4º de la Convención -referido al derecho a la vida y a las restricciones a la aplicación de la pena de muerte-, debido a que la vía consultiva no es la indicada para determinar la incompatibilidad de una norma nacional específica con la Convención:

24. En el presente caso, si bien las consideraciones en que se fundamenta la solicitud de interpretación que ha sido requerida por la Comisión acerca del artículo 4, párrafo 2 (in fine) y párrafo 3 de la Convención Americana, atienden a la reforma de la Constitución peruana, conforme a la cual se ampliaron los casos de aplicación de la pena de muerte, es evidente que la Comisión no solicita una declaratoria de compatibilidad entre tal disposición del derecho nacional del Perú y la indicada norma de la Convención. Antes bien, las preguntas que plantea la Comisión no hacen referencia a esa disposición sino que tienen un carácter general y versan sobre las obligaciones y responsabilidades de los Estados e individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la

Convención. En consecuencia, la respuesta de la Corte sería aplicable tanto al artículo 4, como a todos los otros artículos que enuncian derechos y libertades. (1994: párr. 24)

Desde esa perspectiva, el caso del artículo 140° de la Constitución peruana de 1993, sirvió para que la Corte estableciera importantes criterios de interpretación frente a estos supuestos: que una norma nacional manifiestamente contraria a la Convención –así sea a nivel constitucional-, constituye una violación a ésta última y que su aplicación por parte de los funcionarios estatales, genera responsabilidad internacional de dicho Estado:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. (1994: párr. 58)

Años después, en el 2007 y a propósito de la propuesta del entonces Presidente de la República Alan García para restablecer la pena de muerte en casos de violación sexual en contra de niños(as) y que terminara con la muerte de la víctima, el Colegio de Abogados de Lima (CAL) encargó un informe jurídico a un grupo de expertos, quienes dejaron constancia –una vez más- que la ampliación de los supuestos de pena de muerte que pretendió la Carta de 1993, estuvo herida de muerte desde la misma redacción del referido artículo 140°:

[L]os constituyentes para la Carta de 1993, optaron por ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte, al señalar que ella podía ser impuesta también por los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y el de terrorismo [...] En consecuencia, al haberse omitido el señalamiento de que debía tratarse de una “guerra exterior”, como lo contemplaba en su artículo 235° la Constitución anterior en referencia al delito de traición a la patria y, al mismo tiempo, afirmar que la pena de muerte podía aplicarse también al delito de terrorismo, no cabe duda que se transgredieron los límites establecidos por el Pacto de San José, que el Perú se hallaba

obligado a respetar [...] Ahora bien, la fórmula utilizada en el nuevo texto sin embargo, que añade a los supuestos para la aplicación de la pena capital el que ello se verifique “[...]conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”, en términos prácticos, impide que pueda materializarse la ampliación que el mismo artículo constitucional pretendió consagrar [...] En efecto, si la ampliación propuesta, procede siempre que guarde correspondencia con los tratados en los que el Perú es parte, queda claro entonces que, en tanto el Estado peruano no se desvincule mediante el mencionado procedimiento de denuncia de la Convención Americana, el citado inciso 2 del artículo 4° de la misma, impide tal ampliación [...] En tal virtud, no obstante la equívoca redacción del artículo 140° de la actual Constitución, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior. (Albán y otros 2007:2)

De esta manera, gracias al dique internacional que supuso el artículo 4° de la Convención americana en contra de los intentos de ampliar los supuestos de hecho para la aplicación de la pena de muerte, si bien en la literalidad de la Constitución de 1993 se ampliaron tales supuestos o al menos se pretendió hacerlo, en la práctica y en la legislación, nunca llegó a verificarse tal ampliación.

#### **2.4.2. Debate legislativo sobre proyecto de ley de negacionismo**

Durante su 147° periodo de sesiones, la Comisión interamericana convocó una audiencia pública que tuvo lugar el 11 de marzo del 2013, para analizar diversos aspectos de la libertad de expresión en el Perú, entre ellos, el proyecto de ley sobre el “negacionismo” (Proyecto de ley N° 1464/2012-PE), que en ese momento venía impulsando el Gobierno del Presidente Humala y que había merecido dictamen conjunto y favorable –con algunas modificaciones- de parte de las Comisiones de Constitución y de justicia y derechos humanos del Congreso de la República.

El 28 de agosto del 2012 el Poder Ejecutivo envió al Parlamento el Proyecto de ley N° 1464/2012-PE para su aprobación con “carácter de urgente”. Así, el 11 de diciembre del 2012, las Comisiones de Constitución y de Justicia y Derechos Humanos, aprobaron un Dictamen conjunto sustitutorio del referido proyecto de ley, con lo cual, quedaba listo para su votación e inminente aprobación por parte del Parlamento (Congreso de la República del Perú 2012).

Este proyecto de ley tenía su origen en la legítima voluntad del Gobierno nacional de hacer frente al terrorismo de “Sendero Luminoso” (SL), grupo terrorista que ha sembrado muerte, dolor y violencia en nuestro país desde el año 1980. Si bien sus acciones militares se concentran en la actualidad en los Valles del Río Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), es innegable que también existen grupos políticos y organizaciones sociales y estudiantiles que pretenden reivindicar histórica, social y políticamente a “Sendero Luminoso”; el más visible de ellos es el grupo denominado “MOVADef” (Movimiento por amnistía y derechos fundamentales).

Sin embargo, este “Proyecto de ley de negacionismo del terrorismo” abría la puerta a posibles afectaciones a los estándares interamericanos de derechos humanos, en especial, aquellos referidos a las libertades de pensamiento y expresión. Como se sabe, las libertades de pensamiento y opinión están consagradas en el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos (la CADH) y sus limitaciones deben ser interpretadas y aplicadas en forma restrictiva, dada la extrema importancia que estas libertades tienen para el sistema democrático en general y para la vigencia de los otros derechos fundamentales en particular.

Así, el artículo 13° de la CADH contempla sólo dos tipos de limitaciones a las libertades de pensamiento y expresión:

- Su ejercicio sólo está sujeto a responsabilidades ulteriores, dirigidas a asegurar: i) el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás” y ii) “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 13.2°). La Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la CIDH ha interpretado que, en todo caso, estas “responsabilidades ulteriores” deberán ser de carácter civil o administrativo pero no penal.
- Está prohibida “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” (artículo 13.5°)

En consecuencia, a pesar que podamos discrepar radicalmente con las opiniones y discursos difundidos por diversas organizaciones políticas, sociales y estudiantiles –

como el MOVADef-, dirigidos a “negar” la violencia, el terror y las graves violaciones de derechos humanos que perpetró y aún perpetra Sendero Luminoso (SL) en nuestro país, dichas opiniones o discursos no deberían ser criminalizados, esto es, ser objeto de “responsabilidades ulteriores” de carácter penal, pues ello podría haber ido en contra de los estándares interamericanos desarrollados por la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la CIDH y hubiese contribuido, por el contrario, a victimizarlos y no a combatirlos ideológica, mediática y socialmente.

El proyecto de ley –de haber sido aprobado- habría consagrado un nuevo tipo penal de “Negacionismo de los delitos de terrorismo” de la siguiente manera:

Artículo 316-A.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente niegue cualquiera de los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Legislativo 046, el Código Penal de 1924 modificado por las Leyes 24651 y 24953, y el Decreto Ley 25475, o la calidad de autor o partícipe de una persona respecto de esos delitos, establecidos en sentencia judicial firme, con la finalidad de promover la comisión de los delitos de terrorismo o apología del terrorismo o sirva como medio para adoctrinar para fines terroristas.

Si la negación se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años<sup>147</sup>

Mientras que por un lado el referido proyecto de ley pretendía criminalizar la negación pública de los delitos de terrorismo ya condenados judicialmente -con la finalidad de promover la comisión de otros delitos de terrorismo, de apología del terrorismo o el adoctrinamiento terrorista-, por otro lado el artículo 13.5° de la CADH prohíbe “toda propaganda en favor de la guerra”, “toda apología del odio [...] que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas”.

Como se puede apreciar, el referido proyecto de ley y el artículo 13.5° de la CADH utilizan expresiones distintas: mientras que el primero criminaliza la “negación pública” que tiene como finalidad “promover” delitos de terrorismo, el segundo prohíbe toda

---

<sup>147</sup> Subrayado nuestro.

“propaganda” o “apología” a favor de la guerra o del odio que tengan por finalidad “incitar” a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas. Según la Real Academia de la Lengua Española, todas estas expresiones tienen un significado distinto.

Lo que el artículo 13.5° de la CADH está prohibiendo y, por ende, permitiendo su posible criminalización ulterior, es lo que conoce como los “discursos de odio” dirigidos claramente a incitar a la violencia contra un grupo determinados de personas; ello no comprende la negación de hechos históricos corroborados judicialmente. Al respecto, la Relatoría especial de libertad de expresión ha señalado lo siguiente en relación a los discursos no protegidos por el sistema interamericano:

[E]xisten instrumentos internacionales que reflejan la voluntad de los Estados de prohibir explícitamente ciertos contenidos de discurso por ser particularmente violentos y gravemente violatorios de los derechos humanos. Hasta el momento, únicamente caen en esta categoría los discursos sobre apología de la violencia, propaganda de la guerra, incitación al odio por motivos discriminatorios, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil. (2010a: párr. 8)

En consecuencia, para la Relatoría especial para la libertad de expresión de la CIDH, no es compatible con los estándares internacionales vigentes en materia de libertades de pensamiento y expresión, criminalizar el discurso dirigido a “negar” el delito de terrorismo y cuya finalidad sea “promover” la perpetración de nuevos delitos de terrorismo, de apología al terrorismo o el adoctrinamiento terrorista, que es lo que tipifica el proyecto de ley al que hemos hecho referencia. Para la Relatoría es necesario, además, que el discurso incurra en una “apología” del terrorismo e incite a la violencia terrorista.

Por lo demás, cabe señalar que el ordenamiento peruano vigente ya tipifica el delito de “Apología del terrorismo” en el artículo 316° del Código Penal: “[E]l que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe... Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años”.



Es de resaltar que durante el debate de este proyecto de ley en las Comisiones de Constitución y de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento nacional, el Poder Judicial emitió opinión en contra del referido proyecto de ley; mediante Oficio N° 6466-2012-SG-CS-PJ “estimó que en el Código Penal vigente existen delitos mejor estructurados y comprensibles como el de Apología del delito y del delincuente, tipificado por el artículo 316” (Congreso de la República del Perú 2012: 19).

En defensa del referido proyecto de ley, el Dictamen conjunto de las Comisiones de Constitución y de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento nacional, justificó este “Proyecto de ley de negacionismo del terrorismo”, entre otras razones, afirmando que el negacionismo sería una nueva modalidad de discurso de odio que “promueve” (no “incita”) la violencia terrorista:

[N]o debe asumirse *prima facie* la improcedencia de la propuesta legislativa bajo el argumento que el negacionismo no puede ser ampliado a otros supuestos distintos al Holocausto judío, debiéndose efectuar: i) un análisis de los hechos que siendo materia de negativa incitan a la violencia, y ii) una revisión a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado peruano [...] Por tanto, negar la existencia del delito de terrorismo es asimilable a una de las finalidades de los tipos penales de negacionismo del Holocausto: reprimir la ofensa a la memoria de las víctimas y sus familiares en relación con estos hechos y, de esta manera, prevenir la repetición crónica de tan execrables hechos. (Congreso de la República del Perú 2012: 16)

No compartimos esta justificación jurídica esgrimida por el Dictamen conjunto citado. Tal como se evidenció durante la audiencia pública que tuvo lugar el 11 de marzo del 2013 ante la CIDH, el referido proyecto de ley no superaba el “test tripartito” desarrollado por la Relatoría especial para la libertad de expresión (RELE):

67. Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que

pretende lograr [...] 68. Corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas. (Relatoría especial para la libertad de expresión 2010b: 24).

Al respecto, la entonces Relatora para la Libertad de Expresión de la CIDH, señaló durante la audiencia lo siguiente:

- Que la Comisión Interamericana es un escenario más para debatir problemas de derechos humanos, porque ayuda a enriquecer los debates internos.
- En relación al proyecto de ley sobre negacionismo señaló que, lamentablemente, la norma no establece la restricción debida: solo se pueden limitar expresiones si “incitan a la violencia terrorista” y se preguntó si la norma podría señalar ello para adecuarse a los tratados internacionales. El proyecto de ley en mención habla de “promover” pero no de “incitar” (Ramírez 2013).

De esta manera, la audiencia pública ante la CIDH contribuyó para evidenciar que el referido proyecto no era compatible con los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión y, finalmente, dicho proyecto de ley de negacionismo no fue aprobado por el Parlamento nacional.

#### **2.4.3. Acuerdo de solución amistosa de magistrados no ratificados y modificación de estándares de debido proceso en procesos de ratificación de magistrados por parte del CNM**

Al caer el régimen autoritario del ex presidente Alberto Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos a fines del año 2000, todas las instituciones del sistema de justicia dejaron la provisionalidad y la manipulación política a la que habían sido sometidas y volvieron a regirse por sus leyes y reglamentos respectivos. Una de esas instituciones fue el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), órgano constitucional autónomo que la Constitución vigente le ha conferido la función de nombrar, evaluar, ratificar o destituir a los jueces y fiscales de todas las instancias.

En ese marco, el año 2001 un CNM con nuevos consejeros elegidos durante la transición democrática, retomó la función constitucional de someter a proceso de

ratificación –cada siete años- a los jueces y fiscales que correspondía, de conformidad con lo que dispone el artículo 154.2° de la Constitución<sup>148</sup>. En esa tarea, no ratificó a alrededor de doscientos jueces y fiscales, de todas las instancias; esto es, los separó del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Si bien varios jueces y fiscales en efecto habían sido operadores o cómplices del vergonzoso control político al que sometieron al Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), el Tribunal Constitucional (TC) y la Academia de la Magistratura (AMAG) durante la denominada “reforma judicial” de los noventas, lo cierto es que estos magistrados -y otros que no habían tenido participación alguna en estos hechos- fueron separados por el CNM en procesos de ratificación que no respetaron el derecho al debido proceso consagrado no sólo en el artículo 139.3° de la Constitución, sino también en el artículo 8° de la Convención americana.

En especial, en estos casos el CNM no ratificó a estos magistrados vulnerando dos garantías fundamentales del debido proceso: i) la debida motivación de las decisiones de no ratificación (artículo 139.5° Constitución) y, en consecuencia, ii) el derecho de defensa de los magistrados sometidos a ratificación (artículo 139.14° Constitución)<sup>149</sup>.

Estas decisiones de no ratificación fueron cuestionadas por algunos afectados vía procesos de amparo que terminaron en el Tribunal Constitucional, el mismo que en sentencia del 23 de Enero del 2003 en el caso Almenara Bryson (STC N° 1941-2002-AA/TC), en un primer momento avaló constitucionalmente esta no ratificación inmotivada y, por ende, violatoria de la Constitución y la Convención americana.

Ante ello, durante los años 2002 y 2003 un total de 171 jueces y fiscales no ratificados presentaron peticiones ante la CIDH en contra del Estado peruano, aduciendo la violación de su derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8° de la Convención americana y la no necesidad de agotar la vía interna pues el Tribunal constitucional peruano ya se había pronunciado avalando estas no ratificaciones inmotivadas.

---

<sup>148</sup> “Son funciones del Consejo nacional de la magistratura: [...] Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años”

<sup>149</sup> ¿Cómo defenderse de cuestionamientos que no se conocían?

Ello generó la realización de diversas audiencias públicas, reuniones de trabajo y gestiones diversas ante la Comisión interamericana, lo que propició la apertura de un proceso de solución amistosa entre los magistrados peticionarios y el Estado peruano que culminó, finalmente, con la suscripción durante los años 2006, 2007 y 2010 de un total de nueve (09) acuerdos de solución amistosa que la CIDH homologó (aprobó) mediante cinco (05) Informes N° 109-06, 20-07, 50-07, 71-07 y 22-11.

Mediante estos acuerdos de solución amistosa, el Estado peruano reconoce su responsabilidad internacional en la vulneración del derecho al debido proceso de los magistrados no ratificados, consagrado en el artículo 8° de la Convención americana, y se compromete a adoptar un conjunto de medidas de reparación. Entre las más importantes estuvieron, por un lado, reponer a los jueces y fiscales que habían sido no ratificados en forma inmotivada y, por otro lado, a someterlos a un nuevo proceso de ratificación, esta vez, rodeado de todas las garantías consagradas en los artículos 8° (debido proceso) y 25° (protección judicial) de la Convención americana.

Sin duda, estos acuerdos de solución amistosa propiciados y homologados por la CIDH contribuyeron –decididamente- a resolver una impasse institucional muy serio pues, por un lado, se tenía al CNM atrincherado en su posición de no dar marcha atrás y no motivar sus decisiones de no ratificación, escudado en la colaboración que –en efecto- algunos de estos jueces y fiscales prestaron al régimen autoritario de Fujimori y Montesinos y que la “corrupción nunca da recibo”<sup>150</sup> y, en un primer momento, también estuvo en esa orilla el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, se tenía a los magistrados no ratificados, a la Defensoría del Pueblo, a las organizaciones de sociedad civil y, posteriormente, al Tribunal Constitucional que varió –motivadamente- su criterio jurisprudencial en esta materia.

En el caso de la Defensoría del Pueblo, la Resolución defensorial N° 038-2002/DP del 28 de noviembre del 2002, exhortó al CNM a:

---

<sup>150</sup> Célebre frase que –paradójicamente- acuñó el ex presidente Alberto Fujimori, actualmente condenado judicialmente por violaciones de derechos humanos y graves actos de corrupción.

Suspender los procesos de ratificación de magistrados hasta que se adecuen a los principios de interdicción de la arbitrariedad y cuenten con las garantías del debido proceso que les sean aplicables, en especial el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución [...] Entregar la información que obra en su poder y que es solicitada conforme al principio de publicidad del Estado y al derecho de los ciudadanos a la información que obra en entidades públicas. (2002a: 16)

Por su parte, el Tribunal Constitucional varió –motivadamente– su criterio jurisprudencial sobre esta materia en la sentencia del 12 de agosto del 2005 en el caso Álvarez Guillén (2005b). Si bien en un caso anterior (Almenara Bryson) había defendido la constitucionalidad de la no ratificación inmotivada de magistrados por parte del CNM, a partir del año 2005 y a propósito del caso Álvarez Guillén, estableció como precedente vinculante<sup>151</sup> que el CNM debía motivar sus decisiones de ratificación y no ratificación y rodear de todas las garantías del debido proceso a estos procesos: “este Tribunal considera que los datos objetivos que ahora se exigen a los consejeros imprimen al proceso de evaluación de magistrados un mejor margen para la motivación de sus resoluciones, lo que guarda coherencia con el respeto de los derechos fundamentales de los sometidos a la ratificación” (Tribunal Constitucional 2005b: párr. 20).

Por otro lado, el 1º de diciembre del año 2004 entró en vigencia el Código procesal constitucional (Ley N° 28237), cuyo artículo 5.7º estableció: “No proceden los procesos constitucionales cuando... Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado”<sup>152</sup>.

De esta manera, el Parlamento daba cuenta también de esta polémica optando por contemplar –*contrario sensu*– la procedencia del amparo en caso de resoluciones inmotivadas del CNM en materia de destitución y ratificación de magistrados.

---

<sup>151</sup> Esta sentencia está considerada Precedente constitucional vinculante en la propia página web del Tribunal Constitucional (2005b).

<sup>152</sup> Subrayado nuestro.

Si bien temporalmente todos estos avances de la jurisprudencia y legislación constitucionales son previos a los acuerdos de solución amistosa alcanzados ante la CIDH, no cabe duda que el proceso que los magistrados no ratificados siguieron ante la Comisión influyó en la adopción de tales medidas en el ámbito nacional. El telón de fondo interamericano empujó estos cambios en el ámbito interno.

El CNM finalmente se sometió al reconocimiento de responsabilidad internacional que había hecho el Estado peruano con la suscripción de estos acuerdos de solución amistosa –en un primer momento se resistió invocando la autonomía que la Constitución le reconoce-, y modificó y adecuó sus reglamentos y procedimientos a fin de rodear los procesos de ratificación con las garantías judiciales consagradas en los artículos 8° y 25° de la Convención americana<sup>153</sup>.

Este proceso de adecuación a los compromisos internacionales fue dado por concluido por parte del CNM el 25 de abril del 2011. Mediante un comunicado oficial el CNM:

[D]io por concluido el proceso de reincorporación de 21 magistrados cesados sin motivación por dicho organismo constitucional; en virtud del Acuerdo de Solución Amistosa suscrito el pasado 24 de septiembre de 2010 entre Estado Peruano y los magistrados en cuestión y el cual fue homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [...] El presidente del Consejo Nacional de la magistratura [...] entregó [...] la autógrafa de la mencionada resolución, con la que el CNM da cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo de Solución Amistosa. (Consejo Nacional de la Magistratura 2011)

---

<sup>153</sup> De esta manera, la Resolución N° 241-2002-CNM fue sustituida por la Resolución 1019-2005-CNM, que aprobó un nuevo reglamento de los procesos de ratificación de magistrados.

#### 2.4.4. Impacto en la jurisprudencia constitucional sobre justicia militar

Otro de los ámbitos nacionales en los que en la última década ha habido una notoria influencia del sistema interamericano de derechos humanos, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en materia de justicia militar y policial<sup>154</sup>.

Como en casi todos los países de América Latina, en el Perú existe desde hace muchos años, una justicia militar permanente en tiempos de paz que, durante el conflicto armado interno y el régimen autoritario de Fujimori y Montesinos que padeció nuestro país durante los ochentas y noventas, jugó un lamentable papel. Por un lado, se constituyó en fuente de impunidad en la investigación de graves violaciones de derechos humanos perpetradas por miembros de las fuerzas armadas y, por otro, en fuente de arbitrariedades y abusos en el juzgamiento de civiles acusados –muchas veces, injustamente- de terrorismo (Lovatón 2010: 123).

Este papel de la justicia militar fue objeto de condena internacional no sólo por diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH) y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la CorteIDH), sino también por otros informes internacionales, entre los que destaca el denominado “*Informe Goldman*”.<sup>155</sup> Años después, el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) del Perú del año 2003<sup>156</sup> también criticó tanto la actuación de la justicia militar por haber sido fuente de impunidad, como a la justicia común por abdicar de sus funciones a favor de la primera (Lovatón 2010: 123-124).

---

<sup>154</sup> La justicia militar y policial está reconocida como una excepción a la unidad y exclusividad jurisdiccional en el segundo párrafo del artículo 139.1º de la Constitución vigente: “[n]o existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

<sup>155</sup> Informe de reconocidos juristas internacionales encabezados por el profesor norteamericano Robert Goldman, que visitaron el Perú el año 1993 y posteriormente emitieron un crítico informe sobre la vulneración de estándares internacionales de derechos humanos por parte del sistema de justicia estatuido por el fujimorato para juzgar y condenar a personas acusadas de terrorismo (tribunales sin rostro, tribunales militares, etc.), en el cual, la justicia militar era un engranaje central.

<sup>156</sup> Véase la conclusión N° 127 de su informe final: “[l]a CVR ha constatado que, abdicando de su propia competencia, el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema cuando los acusados eran miembros de las Fuerzas Armadas, falló en toda ocasión a favor del fuero militar, donde los casos por lo general se sobreesían, se prolongaban innecesariamente o terminaban generando condenas benévolas” (Comisión de la verdad y reconciliación 2003: 337).

En consecuencia, desde la caída del fujimorato, la reforma de la justicia militar y policial y su adecuación a los principios y derechos consagrados en la Constitución peruana y en la Convención Americana de Derechos Humanos (la CADH), fueron un punto central en la agenda de las reformas institucionales necesarias para consolidar el Estado constitucional, asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y, sobre todo, evitar que los errores autoritarios del pasado se repitan en el futuro (Lovatón 2010: 124).

Sin embargo, esta necesaria reforma de la justicia militar no se plasmó en una reforma legislativa en los primeros años de la transición democrática (Gobiernos de Paniagua y Toledo), y ante esta inacción legislativa (pese al extendido consenso de que había que reformarla y adecuarla a la democracia), en el año 2004 el Tribunal Constitucional (TC), a partir de dos demandas interpuestas por el Defensor del Pueblo, emitió dos importantes sentencias (2004c y 2004d), que sentaron las bases de lo que fue -hasta diciembre del año 2009- su sostenida jurisprudencia constitucional sobre la justicia militar y policial, basada –entre otros argumentos- en los informes y sentencias de la Comisión y la Corte interamericanas respectivamente (Lovatón 2010: 124).

Para ilustrar esta frondosa jurisprudencia que el Tribunal constitucional peruano desarrolló en materia de justicia militar hasta diciembre del 2009, a continuación un cuadro que la resume:



Tabla N° 1 Jurisprudencia constitucional sobre la justicia militar y policia N° de expediente	Leyes impugnadas	Demandante	Fecha de la sentencia	Resolución aclaratoria
0017-2003-AI/TC	Ley 24150	Defensoría del Pueblo	16/03/2004	Exp. N° 0017-2003-AI/TC (31/08/2004)
0023-2003-AI/TC	Decreto Ley 23201, y Decreto Ley 23214	Defensoría del Pueblo	09/06/2004	Exp. N° 0023-2003-AI/TC (04/11/2004)
0004-2006-AI/TC	Ley 28665	Ministerio Público	17/04/2006	Exp. N° 0004-2006-AI/TC (13/06/2006)
0006-2006-PI/TC	Ley 28665	Colegio de Abogados de Lima	13/06/2006	NO
0012-2006-AI/TC	Decreto Legislativo 961	Colegio de Abogados de Lima	15/12/2006	NO
8353-2006-HC/TC	Ley 28934	Carlos Francisco Soto Sarmiento	09/04/2007	NO
00005-2007-PI/TC	Ley 28934	Colegio de Abogados de Lambayeque	26/08/2008	NO
01605-2006-PHC	Ley 29182	Condori Condori	30/06/2008	NO
01524-2007-PHC	Ley 29182	Pereyra Briceño	09/12/2008	NO

Fuente: Lovatón (2010: 125).

Se expidió, pues, en el Perú, una jurisprudencia constitucional muy clara en torno a: por un lado, lo que debe entenderse por delito de función (Código de Justicia militar y policial “adelgazado” constitucionalmente por el TC)<sup>157</sup> y; por otro lado, lo que debe

<sup>157</sup> “272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a

ser un diseño orgánico (organización y funciones) de la justicia militar policial, acorde con el Estado constitucional y los estándares internacionales de derechos humanos, que supone, entre otros aspectos, la incompatibilidad entre la condición –simultánea- de juez militar con la de oficial en situación de actividad (Lovatón 2010: 124)<sup>158</sup>.

A pesar de la claridad de esta jurisprudencia constitucional, el Congreso de la República se resistió sistemáticamente desde el año 2006 a cumplir en su totalidad con las referidas sentencias del TC y, por el contrario, con la aprobación de la Ley N° 29182 en diciembre del año 2008, volvió a legislar en dirección opuesta a lo dispuesto explícitamente por el máximo intérprete constitucional en materia de organización y funciones de la justicia militar (Lovatón 2010: 124-125).

Esta situación concitó el interés y la preocupación de la CIDH, la cual desde el año 2006 ha convocado periódicamente a diversas audiencias públicas para analizar la reforma de la justicia militar no sólo en el Perú, sino también en otros países como México y Argentina (Lovatón 2010: 125). Al respecto, hay que recordar que la reforma

---

las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar [...] 273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial [...] 274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal, debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009b).

<sup>158</sup> “155. La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005).

de la justicia militar en la Argentina en el año 2008, se inició con un acuerdo de solución amistosa alcanzado ante la CIDH (caso Correa Belisle).

La Defensoría del Pueblo también emitió un total de cinco informes en relación a la justicia militar, recogiendo también –entre otros argumentos- los informes y las sentencias de la Comisión y la Corte interamericanas respectivamente (1997, 2002b, 2003, 2006 y 2009).

Pese a todo ese proceso jurisprudencial de adecuación de la justicia militar a la Constitución y a los estándares interamericanos, el mismo Tribunal Constitucional, pero con otra composición, emite una sentencia de fecha 4 de diciembre del 2009 (2009b), en virtud de la cual declara constitucional la Ley N° 29182 (Ley de organización y funciones del fuero militar y policial) que, en buena cuenta, incurría en los mismos vicios de inconstitucionalidad y no convencionalidad de sus antecesoras y que, por ello mismo, habían sido declaradas inconstitucionales por parte del TC.

La mayoría del TC que suscribió dicho cambio jurisprudencial se apoyó –entre otros argumentos- en citas incompletas y sesgadas de informes y sentencias de la Comisión y de la Corte interamericanas respectivamente, tal como lo demostró –en voto singular- el entonces magistrado César Landa, quien consignó un cuadro comparativo de las citas realizadas por la mayoría del TC con las citas completas respectivas:

Extractos de decisiones de organismos internacionales de DDHH citados por la decisión en mayoría del TC	Extractos completos de decisiones de organismos internacionales de DDHH
<p>Corte Interamericana de Derechos Humanos: - <i>Caso Durand y Ugarte vs. Perú</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 117. [se cita párrafo completo]</li> </ul> <p>118. [se cita párrafo completo].</p>	<p>Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>Caso Durand y Ugarte vs. Perú</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 117. [párrafo completo]</li> </ul> <p>118. [párrafo completo]</p> <p>126. (...) los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, <u>miembros de las fuerzas armadas en servicio activo</u>, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, <u>estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial</u>. [<i>resaltado agregado</i>]</p>
<p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos: - <i>Segundo Informe sobre la situación de los</i></p>	<p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <i>Segundo Informe sobre la situación de los</i></p>

211. (...)

(...). Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo (...)

212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares con pleno respeto de las garantías judiciales (...)

214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto (...).

211. El sistema de justicia penal militar tiene ciertas características particulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. Una de ellas es que el fuero militar no puede ser considerado como un verdadero sistema judicial, ya que no forma parte del Poder Judicial sino que depende del Poder Ejecutivo. Otro aspecto consiste en que los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo, lo que los coloca en la posición de juzgar a sus compañeros de armas, tornando ilusorio el requisito de la imparcialidad, ya que los miembros del Ejército con frecuencia se sienten obligados a proteger a quienes combaten junto a ellos en un contexto difícil y peligroso. El Estado peruano en la respuesta al informe señala que de acuerdo a la Constitución peruana el fuero privativo militar es un órgano jurisdiccional que administra justicia, y "por lo tanto se puede afirmar que constituye un sistema judicial". [resaltado agregado]

212. Al respecto, la Comisión reitera que ciertas ofensas propias del servicio y la disciplina militar pueden ser juzgadas por tribunales militares con pleno respeto de las garantías judiciales. Sin embargo, la Comisión considera que el Estado peruano ha interpretado con excesiva amplitud el concepto de delitos cometidos en relación con el servicio militar. [resaltado agregado]

213. Así, por ejemplo, se ha denunciado que el caso del asesinato de la agente de inteligencia del Ejército Mariela Barreto, mencionado supra, e imputado a miembros de las Fuerzas Armadas, no ha sido investigado. También se ha señalado que la pena impuesta por tribunales militares en el caso de las torturas infligidas a Leonor La Rosa, no habría sido proporcional a la gravedad del delito cometido. [resaltado agregado]

214. La Comisión reitera que la justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto. Las violaciones a los derechos humanos deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas conforme a la ley, por los tribunales penales ordinarios. No debe permitirse la inversión de jurisdicción en esta materia, pues ello desnaturaliza las garantías judiciales, bajo un falso espejismo de eficacia de la justicia militar, con graves consecuencias institucionales, que de hecho cuestionan a los tribunales civiles y a la vigencia del Estado de Derecho. [resaltado agregado]

<p>- <i>Posición de la Comisión expresada en la sentencia del caso Castillo Petruzzi vs. Perú:</i></p> <p>125. Argumentos de la Comisión:</p> <p>a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que “ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia” (...)</p> <p>e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar.</p>	<p>- <i>Posición de la Comisión expresada en la sentencia del caso Castillo Petruzzi vs. Perú:</i></p> <p>125. Argumentos de la Comisión:</p> <p>a) el artículo 8.1 de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Si bien a nivel internacional la intervención de tribunales militares no se ha considerado violatoria del derecho a un juicio justo, lo cierto es que “ha surgido un consenso internacional, no sólo sobre la necesidad de restringir[la] en todo lo posible, sino [además de] prohibir el ejercicio de jurisdicción militar sobre civiles, y especialmente en situaciones de emergencia” (...)</p> <p>d) <u>la coincidencia en las Fuerzas Armadas de las funciones de lucha antiterrorista y desempeño jurisdiccional propio del Poder Judicial, “[pone] en serias dudas la imparcialidad de los tribunales militares, que serían juez y parte en los procesos”.</u> La actuación del juez de instrucción militar, mediante la cual detuvo a los imputados, embargó sus bienes y tomó declaración a los testigos y a personas sujetas a investigación, violenta el derecho a un juez imparcial, pues las funciones de instrucción y juzgamiento se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano jurisdiccional; [resaltado agregado]</p> <p>e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar. <u>Si bien la Ley Orgánica de Justicia Militar establece en su título preliminar la autonomía de la función jurisdiccional, otras normas del mismo cuerpo legal establecen su dependencia del Poder Ejecutivo y la ausencia en sus cuadros de profesionales del derecho. La citada ley establece, en su artículo 23, que el Ministro del sector pertinente designa a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. En la práctica, los jueces militares siguen estando subordinados a sus superiores y deben respetar la jerarquía militar establecida. Por estas razones, dichos tribunales no “ofrece[n] garantías de imparcialidad e independencia para los civiles, toda vez que los jueces militares actúan bajo una lógica militar y de acuerdo a sus principios” (...).[resaltado agregado]</u></p>
---	---

Fuente: “Voto singular del Magistrado Landa Arroyo”. En Tribunal Constitucional (2009b)

En consecuencia, si bien el Tribunal constitucional peruano viró en su criterio jurisprudencial y en la actualidad considera diversos aspectos discutibles de la justicia militar, compatibles con la Constitución y la Convención americana, a partir de citas sesgadas e incompletas de los informes y sentencias de la Comisión y la Corte interamericanas respectivas, lo cierto es que el sistema interamericano ha sido una referencia obligada en el debate nacional sobre la adecuación de la justicia militar a los estándares constitucionales e internacionales de derechos fundamentales.

Esto último es innegable y, en consecuencia, ahora que la jurisprudencia de la Corte interamericana sobre justicia militar sigue moviéndose con nuevos casos de México (2009 y 2010) y de Argentina (2014), es razonable esperar que el Tribunal constitucional o el Poder Judicial peruanos –a futuro- vuelvan a incorporar –en forma correcta- los estándares interamericanos ya desarrollados sobre la materia.

Una muestra parcial de esta observancia de los estándares interamericanos en materia de justicia militar, es la STC N° 00022-2011-PI/TC, publicada el 8 de agosto del 2015, en virtud de la cual, el Tribunal Constitucional, con una nueva conformación, ratifica su línea jurisprudencial de considerar inconstitucionales diversos delitos de función tipificados en el Código penal militar policial (Decreto Legislativo N° 1094) y, por ende, una vez más vuelve a expulsar del ordenamiento diecisiete (17) tipos penales que no son delitos de función sino delitos comunes y, por ende, deben ser de competencia de la justicia ordinaria y no militar.

## Capítulo 3

### **Fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos a través de la “interamericanización” del Estado constitucional**

Al inicio de este tercer capítulo, es pertinente recordar cuál es el hilo conductor de la presente investigación: en el primer capítulo desarrollamos cómo la Constitución peruana vigente da sustento constitucional a esta apertura interamericana del Estado nacional, en tanto que en el segundo capítulo desarrollamos cómo este proceso de “interamericanización” del Estado constitucional tiene como eje articulador los derechos humanos, fortaleciendo su tutela multinivel. En este capítulo desarrollaremos cómo este proceso de “interamericanización” del Estado peruano, a la vez también puede contribuir a fortalecer al sistema interamericano de derechos humanos.

En otras palabras, si en los dos primeros capítulos hemos desarrollado cómo este proceso de “interamericanización” impacta en el Estado peruano en particular, en este capítulo desarrollaremos cómo ese mismo proceso impacta en el sistema interamericano en general. Cabe precisar, una vez más, que este proceso no es lineal sino que se ha dado y se da en condiciones de precariedad y volatilidad, en una combinación compleja de avances y retrocesos, de consensos y desencuentros.

Al respecto, explicitamos nuestra convicción que la consolidación de un Estado constitucional interamericano en el Perú, así como en otros países de las Américas, contribuirá a fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos. A la vez, el deterioro de este nuevo paradigma de Estado nacional, sea debido a las aventuras autoritarias en la región, sea por la normalización de democracias de baja intensidad que se acostumbren a patear el tablero interamericano, podría suponer el debilitamiento, anodización e inclusive la desaparición del sistema mismo.

Ciertamente, nosotros apostamos por su fortalecimiento porque, pese a sus limitaciones y desencuentros, el sistema interamericano ha supuesto en los últimos 50 años una valiosa frontera –muchas veces la última frontera- de defensa de los derechos humanos

en las Américas, tanto frente a regímenes autoritarios como a crisis humanitarias o situaciones estructurales de vulneración de derechos fundamentales en democracia<sup>159</sup>.

Para analizar el impacto de este proceso en el sistema interamericano en general, desarrollaremos, primero, la creciente articulación judicial que se está dando entre este sistema y los tribunales nacionales (en especial las Cortes Supremas y Tribunales o Cortes constitucionales) y que supone la progresiva realización del derecho interamericano en sede nacional. En este proceso de articulación judicial, analizamos el reposicionamiento del Estado nacional, la irrupción del pluralismo en el derecho internacional y los cuidados que hay que tener al momento de hablar en el sistema interamericano de diálogo judicial y de supuesto margen de apreciación nacional.

Luego, analizaremos los cuatro principales obstáculos que –en nuestra opinión– conspiran en contra de una mejor articulación del sistema interamericano con los Estados nacionales: i) la incompleta universalización del sistema, ii) el insuficiente nivel de cumplimiento de los informes, medidas cautelares y sentencias interamericanas, iii) la sempiterna escasez de recursos financieros y iv) la vinculación entre subsidiariedad interamericana y precariedad de los sistemas de justicia nacionales. Al final, comentamos el último proceso de reforma de la Comisión interamericana (2011-2013), como reflejo –precisamente– del contexto regional de tensiones y desencuentros entre los Estados nacionales y, en este caso, la Comisión.

### **3.1. ARTICULACIÓN ENTRE SISTEMA INTERAMERICANO Y TRIBUNALES NACIONALES EN UN CONTEXTO GLOBAL DE PLURALISMO**

En los capítulos anteriores de la presente investigación ya hemos hecho referencia al tránsito del “paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo”

---

<sup>159</sup> Sobre el particular, Jorge Carpizo, cuando fue perito ante la Corte interamericana en el caso “Leopoldo López contra Venezuela”, sostuvo que “[l]a Convención Americana y su interpretación de última instancia, realizada por la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), está creando un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos, que implica que cualquier habitante de la región goza de un mínimo de derechos que la Constitución de cada país puede ampliar, pero nunca restringir, en virtud de las obligaciones internacionales que cada Estado contrajo al ratificar la propia Convención Americana y aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH” (citado por Bogdandy 2013: 43).



(Bogdandy 2012: 21) no sólo en el derecho constitucional sino también en el derecho internacional, en especial, en el derecho internacional de los derechos humanos en el contemporáneo contexto de globalización<sup>160</sup>.

En el caso de América Latina, Mariela Morales Antoniazzi agrega que:

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y la internacionalización entendida como humanización. El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional (Morales 2014: 266).

En cuanto a la humanización del derecho internacional, que ya hemos desarrollado en el segundo capítulo de la presente investigación a propósito de la irrupción de las víctimas en el proceso ante la Corte interamericana una vez que la Comisión ha demandado a un Estado, coincidimos cuando se afirma que “el Derecho internacional ha dejado desde hace tiempo de configurarse (únicamente) como Derecho de los Estados para adoptar un planteamiento, en cambio (también) de Derecho para los individuos” (Vergottini 2011: 89).

De esta manera, la tradicional noción de soberanía nacional<sup>161</sup> ha cedido terreno a un pluralismo normativo multinivel en el que la consagración y tutela de los derechos fundamentales ahora trascienden las fronteras nacionales y, además, han encontrado otras fuentes de derecho a nivel interno, como es el caso en varios países de las Américas -como el Perú- del derecho indígena.

---

<sup>160</sup> “En un mundo globalizado –en el cual las barreras de todo tipo se han vuelto muy débiles- no se podía evitar que, después de la circulación de los seres humanos, de las mercancías, de los servicios, de los flujos financieros, hicieran lo mismo las ideas, los conceptos y hasta las propias soluciones judiciales” (Burgogue-Larsen y Montoya 2015: 329).

<sup>161</sup> Según Víctor Bazán “incluso el propio Bodino reconocía como límites al derecho de gentes... El citado teórico francés reconoció expresamente que el poder soberano está vinculado por el *derecho divino, natural y de gentes*; nunca pretendió que el Estado fuera el ordenamiento jurídico supremo y se limitó solo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.” (Bazán. 2012: p. 23)

En esta articulación entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales, constituyen engranajes claves no sólo los propios Estados nacionales -que no desaparecen sino que se repositionan en este nuevo contexto global-, sino también la noción de articulación judicial –que comprende al diálogo judicial pero no se agota en él-, el pluralismo normativo que ahora marca la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, el control de convencionalidad como una de las más importantes expresiones de tal articulación y la interrogante de si existe en el derecho interamericano un margen de apreciación de los sistemas nacionales de justicia. Estos son los aspectos que desarrollaremos enseguida.

### 3.1.1. Relevancia de Estados nacionales en contexto global de pluralismo

El desplazamiento -al que ya hemos hecho referencia- del paradigma de la soberanía nacional por parte del paradigma del pluralismo normativo, no significa en absoluto la desaparición o irrelevancia de los Estados nacionales, los mismos que conservan una importancia vital en la vigencia de los derechos fundamentales.

En consecuencia, hay que distinguir entre soberanía nacional y Estado nacional; entre otras razones, por la naturaleza subsidiaria de los sistemas internacionales de protección de derechos, lo que supone, por un lado, su intervención sólo en defecto de protección nacional y, por otro lado, la realización interna de estándares internacionales por parte de tribunales nacionales, a través, por ejemplo pero no sólo, de técnicas como el control de convencionalidad.<sup>162</sup>

Al respecto, Armin von Bogdandy sostiene que “el nuevo universalismo que sirve de pilar del concepto de un derecho común latinoamericano, no es un universalismo que señale que el Estado nación debe superarse. El Estado nación es un elemento central en esta nueva visión del nuevo derecho público, pero involucrado en un sistema internacional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos” (2013: 53)<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> El ex presidente de la Corte interamericana, Sergio García Ramírez, llega a afirmar que “... la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complementario, no sustituto, el internacional.” (Bazán. 2012: p. 19)

<sup>163</sup> Subrayado nuestro.

De esta manera, los “Estados cerrados” han cedido el paso a “Estados abiertos” en el continente americano, pues como afirma Javier García Roca “el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente”<sup>164</sup>.

Esta noción de “Estado abierto”<sup>165</sup> no es nueva sino que nació en Alemania hace 50 años para posicionar al Estado alemán de la posguerra en la nueva comunidad internacional:

Desde hace cincuenta años el concepto alemán de estatalidad abierta, acuñado por Klaus Vogel, describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado, es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional [...] En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la “decisión constitucional a favor de la apertura” en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la Ley Fundamental se pronunciaron favorablemente por el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional, como en el del posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos. (Morales 2014: 269)

Esta relevancia de los Estados nacionales para los sistemas internacionales de protección de derechos, es más intensa aún en el sistema interamericano de derechos humanos, pues como ya hemos adelantado a lo largo de la presente investigación, el mismo ha evolucionado en una atmósfera institucional que no es de integración regional –como es el caso de la Unión Europea-, sino en el de la Organización de Estados Americanos (la OEA), espacio de cooperación hemisférica, caracterizado en los últimos años por su precariedad política y financiera. Inclusive, en los últimos años han surgido organismos o espacios sub-regionales que de alguna manera compiten –al menos parcialmente- con la OEA como espacios de diálogo o coordinación regional<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Citado por Morales (2014: 270).

<sup>165</sup> Sobre esta noción de Estado abierto, el Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM de México ha publicado el libro coordinado por Bogdandy y Serna (2014).

<sup>166</sup> A nivel político, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Alternativa Bolivariana para los Pueblos de nuestra América (ALBA), Comunidad de Estados latinoamericanos y Caribeños (CELAC) o la experiencia de vieja data pero desplazada por otros ensayos como la Comunidad Andina de Naciones (CAN). A nivel económico, hay experiencias incluso más avanzadas de integración regional o comercial, como el Mercado común del sur (MERCOSUR), la Alianza del Pacífico o los tratados de libre comercio

Esta precariedad institucional en la que, pese a ello, se ha desarrollado el sistema interamericano, ha terminado –finalmente- por afectar a éste también. Tal como veremos en el sub-capítulo siguiente, la universalidad del sistema, el nivel de cumplimiento de sus decisiones, su financiamiento y la relación entre subsidiariedad interamericana y precariedad judicial, aún dejan mucho que desear.

En este marco internacional contemporáneo, tal como hemos desarrollado en los capítulos anteriores, se percibe un creciente proceso de “interamericanización”<sup>167</sup> de algunos Estados constitucionales en América Latina en torno a los derechos humanos, como es el caso del Perú; con avances y retrocesos, no exento de tensiones pero que también ha logrado avanzar hacia algunos consensos regionales.<sup>168</sup>

Mariela Morales Antoniazzi confirma así que “[a] la llamada internacionalización del derecho constitucional se suma la interamericanización, que tiene lugar en los Estados parte de la Organización de Estados Americanos (la OEA) y del SIDH, en cuyo territorios el derecho público vigente no puede entenderse únicamente a partir de la Constitución, sino, por el contrario, es necesario tomar en cuenta también el derecho internacional, el corpus iuris interamericano” (2014: 279).

---

en América del norte y América central. Al respecto, César Landa opina que “los escenarios para poder transitar hacia una integración suramericana según Vaillant pasa por tres alternativas: 1. Una que supone que todo marchará bien, camino a la plena convergencia y armonización de todos los acuerdos de integración (Alicia en el País de las Maravillas); 2. Dos, supone un escenario de conflictos y polarización de los intereses nacionales por sobre la integración regional; en el cual unos países cerrarían sus economías nacionales y otros las abrirían (Caperucita Roja); 3. Tres, es el escenario de continuidad del estado actual del proceso, donde la inercia no permite mayor desarrollo sino tan sólo nominalmente (Peter Pan)” (Landa 2015a).

<sup>167</sup> Al inicio de la presente tesis, no encontramos autor(a) que utilizara este término. Posteriormente hemos advertido que Mariela Morales Antoniazzi (2014) utiliza y desarrolla este término.

<sup>168</sup> La proscripción de leyes de amnistía o autoamnistía, la proscripción que la justicia militar juzgue graves violaciones de derechos humanos o la creciente aceptación nacional del control de convencionalidad, son algunos ejemplos de consenso regional. Inclusive, cuando Armin von Bogdandy se pregunta sobre la legitimidad democrática de instituciones internacionales como la Corte interamericana, reconoce que “[e]n el caso particular de la Corte Interamericana se conoce que su trabajo se enmarca notoriamente en un proyecto de transformación de Latinoamérica, pues asume un papel de *lawmaker*. Ciertamente, la Corte, como órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante su jurisprudencia desarrolla un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción” (2013: 52-53).

También hemos afirmado ya que este proceso de gestación de un Estado constitucional interamericano, no sólo contribuye a fortalecer la protección nacional de los derechos fundamentales y, en ese sentido, a fortalecer al Estado constitucional mismo, sino que además contribuye a fortalecer y legitimar al mismo sistema interamericano de derechos humanos en general.

Así, cada vez que los Estados nacionales de América Latina calibran sus ordenamientos jurídicos a los estándares de derechos humanos desarrollados por la Comisión y la Corte interamericanas, no sólo contribuyen a legitimar estos órganos sino que también desincentivan que sus ciudadanos recurran a la Comisión en búsqueda de protección de sus derechos fundamentales, pues los mismos serán debidamente tutelados en sede nacional.

De esta manera, se podría ir generando una suerte de círculo virtuoso en virtud del cual el sistema interamericano no se vería inundado de peticiones y casos, podría resolverlos en plazos más breves que los actuales, en el caso de la Comisión podría potenciar su labor de promoción y de mediación (soluciones amistosas por ejemplo) y en el caso de la Corte podría articularse más y mejor con los tribunales nacionales para consensuar – en la medida de lo posible- los estándares interamericanos. Todo lo cual sería otra fuente más de legitimidad y fortalecimiento del sistema y así sucesivamente.

### **3.1.2. Pluralismo como superación del monismo y dualismo en derecho internacional**

La noción de articulación judicial que intentamos defender como la mejor descripción de la actual relación entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales (en especial, las altas Cortes), nos lleva a referirnos a la naturaleza monista, dualista o pluralista de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional.

Sobre el particular, Armin von Bogdandy sostiene que “[e]l debate doctrinal quizás más clásico en el derecho internacional público es el referente a su relación con los ordenamientos jurídicos internos y gira en torno a los conceptos antagónicos de monismo y dualismo” (2012: 21). Nosotros coincidimos con este autor cuando sostiene que:

[L]os conceptos de monismo y dualismo ya no son útiles como conceptos básicos [...] Como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos [...] Tal vez pueden ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional [...] La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual. (Bogdandy 2012: 22-25)<sup>169</sup>

Alfredo Vitolo coincide con este balance de la situación actual de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, al sostener que la creciente integración entre ambos derechos invita a superar la dicotomía entre monismo y dualismo:

Poco a poco, el derecho internacional de los derechos humanos avanza hacia un reconocimiento verdaderamente universal de los derechos individuales, por encima de los ordenamientos jurídicos domésticos, modificando y limitando el tradicional concepto de soberanía estatal. De allí surge la necesidad que este “nuevo” derecho se integre al derecho interno de los estados, superando la antigua dicotomía monismo-dualismo, que ya había sido criticada a principios del siglo pasado por autores como Kelsen o Mirkin Guetzévitch... (2013: 361)

La superación conceptual contemporánea del monismo y el dualismo es así el pluralismo normativo en el derecho internacional, pues “[e]l principal razonamiento jurídico descansa [...] en la asunción pluralista de diversos ordenamientos” (Bogdandy 2012: 26) en el mundo globalizado de hoy en día. Sobre el particular, coincidimos que “[e]l concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un “pluriverso” normativo” (Bogdandy 2012: 26)<sup>170</sup>.

Es muy sugerente este neologismo de “*pluriverso*” normativo propuesto por Armin von Bogdandy, pues grafica muy bien el pluralismo normativo multinivel que caracteriza a

<sup>169</sup> Subrayado nuestro. Inclusive, el autor llega a afirmar –en forma algo provocadora, ciertamente- que el monismo y el dualismo “desde una perspectiva jurídica y académica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o deconstruirse” (Bogdandy 2012: 25).

<sup>170</sup> Subrayado nuestro.

la contemporánea relación entre derecho internacional y derecho nacional y que, en nuestro caso, es la relación entre el derecho interamericano y los sistemas jurídicos de los Estados miembro de la OEA.

Por otro lado, este autor propone que dicha relación podría ser caracterizada como de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” (2012: 26), expresión ante la cual, insistimos en preferir la noción de “articulación judicial”, pues la primera lleva pensar en una relación más estática entre derecho internacional y derecho nacional, en tanto la segunda invita a concebir una relación más dinámica, en constante movimiento.

Al respecto, César Landa recurre a la noción de “armonización” para caracterizar esta relación entre derecho interamericano y derecho nacional;<sup>171</sup> noción que tampoco nos convence porque lleva a pensar en una relación más armónica de la que se da en la realidad, la misma que no está exenta de tensiones y conflictos. En cambio, la expresión “articulación” es más neutra en ese sentido y permite pensar en una relación armónica y conflictiva a la vez.

De esta manera, al caracterizar la relación entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales como de “articulación judicial”, consideramos que se refleja mejor la naturaleza plural y multiforme de dicha relación, que se puede materializar en un diálogo judicial –con las limitaciones y especificidades que desarrollaremos en el punto siguiente-, en control de convencionalidad, en enfrentamientos o tensiones -abiertas o no- entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales, en acatamientos de decisiones interamericanas, entre otras expresiones.

### **3.1.3. Articulación dialógica en vez de diálogo judicial**

En este proceso de gestación de un Estado constitucional interamericano, una pieza clave es la articulación del sistema interamericano con los tribunales nacionales -en especial, pero no sólo, con las altas Cortes-, desde la perspectiva que el terreno jurisprudencial resulta propicio –aunque ciertamente no el único, pues también podría

---

<sup>171</sup> “[N]o se debe postular 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 fundamentándose en la mejor protección de la persona humana” (Landa 2012: 439).

ser el legislativo o el administrativo-, para la consagración de estándares de derechos humanos.

En la actualidad una corriente en el derecho constitucional postula la necesidad o conveniencia de propiciar un “diálogo judicial”<sup>172</sup> entre tribunales nacionales e internacionales, como una de las mejores formas de armonizar los diversos niveles normativos de reconocimiento de los derechos fundamentales.

Esta noción de diálogo judicial surge en Europa<sup>173</sup>, en el contexto institucional de la integración comunitaria europea, y más recientemente ha sido incorporada a la reflexión en torno a la relación entre la Corte interamericana y las altas cortes nacionales. Siendo una noción sugerente, corresponde sin embargo aproximarnos críticamente a la misma para evitar la “importación” de instituciones jurídicas en el sentido que hace ya muchos años advirtiera en el Perú Luis Hurtado Pozo en su libro *La ley importada* (1979).

En ese sentido, a continuación desarrollaremos qué se entiende por diálogo judicial, la injustificada invisibilización de la Comisión interamericana en esta caracterización del diálogo y los ajustes y reinterpretaciones que esta noción debe merecer en el concierto del sistema interamericano, el cual no tiene como telón de fondo un sostenido proceso de integración regional como es el caso comunitario europeo.

Sobre la noción de diálogo judicial, Javier García Roca se interroga ¿a qué llamamos “diálogo judicial” entre el TEDH<sup>174</sup> y los tribunales nacionales? (2012: 190) y si bien responde con doce proposiciones dirigidas a caracterizar esta noción, parte de la constatación de que “... La idea de “*judicial dialogue*” es una noción bastante imprecisa, está repleta de intuiciones y puede que no sea todavía una verdadera categoría jurídica en vez de una simple noción...” (2012: 190)

---

<sup>172</sup> Véase López y Saiz (2015).

<sup>173</sup> Hacen referencia a la misma autores europeos como Luis López Guerra, Alejandro Saiz Arnaiz, Laurence Burgogue-Larsen, Rafael Bustos o Aida Torres, en tanto que hacen lo mismo autores americanos como César Landa, Pedro Grandez, Marcelo Neves o George Bandeira. Hay otros autores europeos que también hacen referencia al diálogo judicial, pero en clave crítica, como es el caso de Giuseppe Vergottini y Javier García Roca.

<sup>174</sup> Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH)



Esta primera caracterización en torno a la vaguedad de la noción de diálogo judicial, también es compartida por Luis López Guerra, cuando sostiene que “... se trata de una noción que se ha empleado con significados muy distintos, que van desde la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro hasta la presencia de una efectiva interacción entre tribunales, es decir, de un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal.” (2013: 141)

Sin embargo, acto seguido García Roca valora positivamente esta imprecisión conceptual del diálogo judicial, al reconducirla en clave de ductilidad y utilidad práctica en el contexto plural y multicultural europeo:

... paradójicamente, esta ductilidad me parece la principal virtud de la idea de cara a ser aceptada por las muy diversas culturas jurídicas de nada menos que 47 Estados sometidos a la jurisdicción del TEDH: ante un colectivo tan amplio y plural puede ser bueno no detenerse demasiado en los detalles... El diálogo judicial es una noción válida precisamente por el rico pluralismo de los ordenamientos europeos y la situación de intenso multiculturalismo. Pero es verdad que no resulta claro qué quiere decirse realmente con la expresión... (2012: 191)

Por ello, este autor concluye que no es partidario de un concepto muy estricto o restringido de diálogo judicial sino de una construcción amplia, pragmática y flexible y -es importante resaltarlo- típicamente europea:

... una construcción amplia, pragmática y flexible, típicamente europea, atenta a una deferencia recíproca y a instrumentos de colaboración... Asistimos a un complejo proceso de influencia recíproca e intercambio de ideas sobre derechos entre altos tribunales: un nuevo *case law* creado mediante un diálogo judicial... es un instrumento dúctil, pero algo ambiguo, que se revela en la práctica muy útil para organizar un trabajo en red entre altos tribunales... permite comprender cómo deben dictarse y argumentarse las decisiones sobre derechos, fundándose en los principios de colaboración y complementariedad... Me decanto pues, con realismo, en favor de un entendimiento amplio antes que estricto de la noción que no nos permitiría resolver los

problemas ni explicar el funcionamiento real de un trabajo en red... (2012: 191 y 223)<sup>175</sup>

Nosotros compartimos este punto de partida en la aproximación conceptual a la noción de diálogo judicial: una definición amplia, pragmática y adecuada a cada realidad, dirigida a caracterizar un “proceso de influencias recíprocas” como bien lo sintetiza López Guerra (2013: 141). En otras palabras, una forma de relación dialógica entre los órganos del sistema interamericano y los tribunales nacionales –pragmática para los primeros y obligatoria para los segundos-, en búsqueda de una influencia recíproca.

Es a través de este prisma inicial que debemos matizar o reinterpretar –en clave interamericana- los rasgos del diálogo judicial –en el contexto europeo- que desarrolla Rafael Bustos y que García Roca cita y sintetiza muy bien:

Como primera aproximación partiré de las elaboraciones de Bustos, a cuyas reflexiones reenvío, cuando distingue “diálogo judicial” de “comunicación” y caracteriza, con carácter general, al primero por las siguientes notas:

- La existencia de un escenario de pluralismo constitucional,
- Su carácter obligatorio o necesario y no meramente facultativo,
- Que hace imprescindible tener en cuenta las elaboraciones ajenas... de otro tribunal,
- Para aplicar el derecho propio;
- Una situación que no se puede resolver con el simple predominio de una jurisdicción sobre otra... (2012: 191 y 192)

En el concierto interamericano, si bien también puede predicarse la existencia de un pluralismo constitucional a partir de la definición que el mismo García Roca formula,<sup>176</sup> debe incorporarse el matiz de que en nuestro escenario de pluralismo constitucional interamericano, sí hay una instancia final de solución de controversias que es la Corte

---

<sup>175</sup> López Guerra coincide en esta noción amplia y pragmática de diálogo judicial: “Es en este sentido como presenta particular utilidad el término “diálogo” entendido como un proceso de influencias y relaciones recíprocas...” (2013: 141)

<sup>176</sup> Hablamos de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional. Éste es el rasgo decisivo, un sistema donde cada fuente suprema no deriva su validez de la otra... su relación no se basa en una jerarquía interna de fuentes. Se trata de ordenamientos jurídicos independientes o, cuando menos, autónomos, pero conectados entre sí... (2012: 192)

interamericana, a diferencia de lo que predica García Roca de que “... en una situación de pluralismo constitucional no hay una instancia final de solución de controversias sino tantas como ordenamientos constitucionales.” (2012: 192).

Sin perjuicio de la independencia de las altas Cortes nacionales y de la condición de intérprete interamericano que también comparte la Comisión interamericana, consideramos que la Corte se erige en la instancia final cuando la Comisión decide someter un caso a su competencia. Si bien es verdad que la Comisión puede optar por no enviar un caso a la Corte, también es cierto que los casos más relevantes y en los que se busca consolidar un estándar interamericano, siempre terminan en la Corte.

En cuanto al otro rasgo del diálogo judicial que desarrolla Bustos y sintetiza García Roca, en cuanto a su “carácter obligatorio o necesario y no meramente facultativo... Que hace imprescindible tener en cuenta las elaboraciones ajenas... de otro tribunal” (2012: 192), los mismos también merecen una matización y reinterpretación en clave interamericana.

Sin duda la obligatoriedad de tomar en cuenta las decisiones de otro tribunal, sólo cabe predicarse de los tribunales nacionales frente a las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas, pero no corresponde predicarse en sentido contrario, esto es, de la Corte y Comisión frente a los tribunales nacionales.

No por consideración a un supuesto principio de jerarquía normativa –el cual ya hemos descartado su esencialidad en este documento-<sup>177</sup>, sino porque así fue diseñada la arquitectura del sistema interamericano, en el sentido que los Estados han adquirido el compromiso internacional –al ratificar la CADH- de cumplir las decisiones tanto de la Corte como de la Comisión y ello comprende, por cierto, a los tribunales nacionales. Esa arquitectura interamericana no previó la vinculatoriedad de las decisiones nacionales en el caso de la Comisión y la Corte.

Así es, el artículo 68.1° de la Convención establece que “[l]os Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean

---

<sup>177</sup> En el caso europeo, García Roca sostiene sobre el particular que “Uno de los errores de planteamientos tradicionalmente más difundidos al estudiar el CEDH consiste en obsesionarse por la cuestión de su rango jerárquico interno, al igual que ha ocurrido en América Latina con la Convención Americana...” (2012: 192 y 193)

partes”. Por otro lado, el artículo 62.1° dispone que “[l]odo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. Por su parte, el artículo 64.2° de la Convención contempla que “[l]a Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.<sup>178</sup>

Sin embargo, esta no obligación jurídica de la Corte ni de la Comisión de observar la jurisprudencia de los tribunales nacionales, tampoco ha impedido que ambas hayan ido incorporando estándares de derechos humanos y técnicas de interpretación constitucional, previamente desarrolladas por los tribunales nacionales, sobre todo, por las altas Cortes. No porque estén obligadas jurídicamente a ello, sino porque ha nutrido y enriquecido el derecho interamericano y ha servido para incrementar la legitimidad de sus decisiones, en el sentido que sean –cada vez más– pacíficamente aceptadas y acatadas por los Estados.<sup>179</sup>

Con este mismo propósito legitimador, la Corte y Comisión también han incorporado argumentos y precedentes del sistema universal y el sistema europeo de derechos humanos, en clave de criterios de interpretación. Nuevamente, sin estar obligadas a hacerlo sino porque enriquece y legitima su jurisprudencia.

---

<sup>178</sup> Además, esta obligación internacional de observar las decisiones de la Corte interamericana por parte de los tribunales nacionales, se funda también en el artículo 2° de la Convención americana que consagra el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno: “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”<sup>178</sup>. Dentro de la categoría genérica de medidas “de otro carácter” cabe comprender las decisiones judiciales que, eventualmente, incorporen decisiones de la Corte interamericana para hacer efectivos determinados derechos o libertades.

<sup>179</sup> ... La pregunta es ¿por qué una jurisprudencia dialogante y suasoria?... Se ha dicho –Torres– que la existencia de un diálogo judicial permite reforzar la legitimidad de las decisiones supranacionales, facilitando su obediencia... Bien es verdad que, tras conversar, puede alcanzarse un “acuerdo” entre los sujetos afectados, o un matizado “disenso”, pendiente de nuevos encuentros, o incluso un flagrante “desacuerdo”, pero, en todo caso, se admite comúnmente entre las partes del sistema que todo diálogo produce al menos un recíproco enriquecimiento de las argumentaciones... (2012: 196)

De esta manera, en palabras de García Roca, este “complejo proceso de influencia recíproca e intercambio de ideas sobre derechos entre altos tribunales” (2012: 222) que constituye el diálogo judicial –entendido en forma amplia y pragmática–, si bien en la práctica del contexto interamericano esta influencia es en efecto recíproca y no sólo unidireccional, conviene concluir que en el sentido Corte/Comisión-tribunales nacionales es pragmático, en tanto en el sentido contrario tribunales nacionales-Corte/Comisión, sí es obligatorio, jurídicamente hablando.

Esta necesaria distinción entre vinculatoriedad jurídica y pragmatismo de tomar en cuenta las decisiones de otro tribunal, no impide afirmar que -en la práctica- hoy en día sería altamente inconveniente que la Corte o la Comisión optaran por ignorar los aportes jurisprudenciales de las altas Corte nacionales en materia de derecho, pues afectaría tremendamente su legitimidad y abriría un flanco más en la precaria y en ocasiones conflictiva relación entre los órganos del sistema interamericano y los Estados.<sup>180</sup>

Esta caracterización parcialmente diferente del “diálogo judicial” interamericano respecto a la definición que formula Bustos y sintetiza García Roca del “diálogo judicial” europeo que hemos estado analizando, abre la interrogante de si podemos seguir hablando de “diálogo judicial” en el sistema interamericano, esto es, si podemos calificar la relación entre Comisión y Corte interamericana y tribunales nacionales, como de “diálogo judicial”.

Es evidente que no, en el estricto sentido europeo de diálogo judicial como “carácter obligatorio o necesario y no meramente facultativo... Que hace imprescindible tener en cuenta las elaboraciones ajenas... de otro tribunal” (2012: 192). Pero, en un sentido amplio y pragmático de “diálogo judicial”, consideramos que si es posible seguir considerando que existe una articulación dialógica que busca una influencia recíproca, entre Comisión y Corte por un lado y los tribunales nacionales por el otro. En todo caso,

---

<sup>180</sup> Algo similar acontece en Europa, donde el TEDH tampoco está obligado jurídicamente a dialogar con los tribunales nacionales pero en la práctica lo hace en forma “espontánea”, tal como lo desarrollo García Roca: ... Ni las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos ni su Reglamento interno imponen al Tribunal de Estrasburgo la obligación expresa de dialogar en la fase ascendente antes de dictar sentencia ni con los Tribunales constitucionales ni con las demás autoridades judiciales. Pero sentar esta conclusión sería formalista en exceso. La comunicación entre esos sujetos judiciales es una obligación tácita o implícita en el sistema europeo y tiende a ser espontánea... es inmanente a su posición en el vértice de un sistema de protección multinivel de derechos y a la eficacia ulterior de sus sentencias, que deba impulsar el diálogo con los tribunales constitucionales... (2012: 203 y 205)

nosotros preferimos caracterizar este vínculo como de “articulación dialógica”<sup>181</sup> y no tanto como de “diálogo judicial”.

Ciertamente esta articulación dialógica –imperativa para los tribunales nacionales y pragmática para la Comisión y Corte-, no siempre logrará una influencia recíproca y, en este sentido, no está exenta de tensiones y conflictos; en ocasiones los tribunales nacionales abiertamente han discrepado de las decisiones de la Corte o de la Comisión, aunque escasas veces ello ha supuesto el no acatamiento de las mismas. Como se ha señalado, el diálogo judicial –al igual que la articulación dialógica- no buscan la eliminación del conflicto sino su administración: el diálogo [...] no se concibe como un medio para acabar con el conflicto, para eliminarlo. Lo que se pretende es administrarlo en el tiempo en un proceso de constante adecuación” (Saiz. 2015: 157).

Si bien son numerosos los ámbitos en los que la Comisión y la Corte han influido en la jurisprudencia de los tribunales nacionales –baste pensar sólo en la doctrina del control de convencionalidad que ya hemos desarrollado-, no es tan sencillo pensar en un supuesto en el que la influencia haya sido en sentido inverso, esto es, de los tribunales nacionales hacia la Comisión y Corte, entre otras razones, porque dicha influencia es de data más reciente.

Consideramos que uno de esos casos es el examen o test de proporcionalidad, desarrollado como método de interpretación constitucional en América Latina, que la Corte ha venido incorporando en algunas de sus sentencias en los últimos años, aunque en ocasiones con ciertas imprecisiones conceptuales<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Sobre la noción de “articulación” Marcelo Neves sostiene que “El camino más adecuado en materia de derechos humanos parece ser el “modelo de articulación” (“*engagement model*”), o mejor dicho, de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal modo que todas se muestren capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos concomitantemente interesados en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales [...] Este entrelazamiento multiangular en torno a los derechos humanos y fundamentales no sería posible si no hubiese, en los diversos órdenes especialmente en el estatal, una disposición a ceder a las exigencias de las perspectivas de otros órdenes normativos en relación al significado y amplitud de derechos contrapuestos. (2015: 110-111) La tesis de este autor del “transconstitucionalismo” si bien es sugerente, no la compartimos porque seguimos creyendo que la noción de “articulación dialógica” grafica mejor la relación entre Corte y Comisión y tribunales nacionales.

<sup>182</sup> Es el caso, por ejemplo, de la sentencia “*Artavia Murillo contra Costa Rica*”.

Sobre el particular, Laura Clérico publicó un estudio en el que da cuenta que “[s]obre la base de un universo de 274 casos contenciosos, 20 opiniones consultivas y 403 medidas provisionales resueltos por la Corte interamericana, sólo en un 10% de los casos contenciosos aplicó expresamente el examen de proporcionalidad [...] estos casos conforman los “casos nuevos” en comparación con los llamados “casos tradicionales” de violación de derechos que llegaron a la Corte” (2012: 201).

Sobre este mismo ejemplo, la referida autora sostiene la tesis que la Corte interamericana fue cauta “en la aplicación del examen (de proporcionalidad) en dos sentidos relevantes. Su cautela se vislumbra porque el método no es el único ni el dominante, se combina de acuerdo con que los problemas se refieran a los derechos como reglas (en cuyo caso aplica el método de subsunción), o como principios (en los que se empezó a aplicar con cierta continuidad el examen de proporcionalidad, pero recién a partir del año 2000)” (2012: 200-201).

Sin embargo, sobre el particular algunos autores reclaman a la Corte interamericana “... ser más seria respecto del tan mentado diálogo jurisprudencial, es decir, a la influencia recíproca entre los tribunales nacionales e interamericano en el desarrollo de su jurisprudencia...” (Dulitzky. 2014: p. 560). Dulitzky sostiene que:

La Corte a través de sus sentencias debería crear una doctrina apropiada sobre el valor que la interpretación de los jueces latinoamericanos tiene para el desarrollo del contenido de la Convención Americana. Hasta ahora, el tribunal no ha elaborado siquiera mínimamente cuál es el valor de tal jurisprudencia latinoamericana. P. ej., la Corte no explica si la jurisprudencia latinoamericana sirve como ejemplo de buena práctica, como guía o pauta para la interpretación que desarrolla la propia Corte, como apoyo de su propia interpretación o para indicar que la Convención está siendo interpretada de acuerdo a un consenso regional reflejado en la jurisprudencia de los países... Dudamos de que sea aconsejable que el consenso regional sea un factor determinante en la interpretación de la Convención. En una región donde hay tantas deudas en materia de derechos humanos, dar deferencia al consenso regional implicaría bajar muchos estándares de protección... El consenso regional puede ser una de las pautas de interpretación pero ni la primera ni la principal... (Dulitzky. 2014: pp. 557 y 558)

Al respecto, es cierto que ni la Comisión ni la Corte han desarrollado en forma sistemática el valor o influencia que tiene en sus decisiones, la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Sin embargo, a la vez creemos que –en la actualidad- es exigirle un estándar demasiado alto a los órganos del sistema interamericano, los mismos que tienen que atender y tratar de resolver –primero- otros retos estructurales como la universalización del sistema, el parcial incumplimiento de sus decisiones o la sempiterna escasez de recursos financieros. Consideramos que cuando ese tipo de debilidades estructurales del sistema estén medianamente resueltas, podremos exigir mejores y más claros estándares y criterios de articulación dialógica.

Vinculado a lo anterior, cabe mencionar la prevención que formula el comparatista italiano Giuseppe Vergottini, quien cuestiona si debemos calificar como diálogo judicial toda referencia que un tribunal hace de otro externo:

[E]s inevitable constatar que en el panorama de las investigaciones publicadas en todo el mundo se repite con insistencia el término “diálogo” para describir el fenómeno en cuestión. Éste se utiliza preferentemente siempre que en un pronunciamiento se encuentran referencias a disposiciones normativas o a sentencias provenientes de un ordenamiento distinto de aquel en que actúa un determinado juez y, por lo tanto, externas [...] De tal constatación se extrae la conclusión de que el juez en cuestión está “en diálogo” con jueces de los que provienen originariamente tales elementos “importados”[...] ha de dilucidarse si la noción de “diálogo” es, en realidad, la más apropiada para calificar este fenómeno. (2011: 32)

Vergottini concluye al respecto que “[l]a impresión es que, en realidad, solamente en hipótesis limitadas es correcto hablar de diálogo, mientras en la mayoría de los casos resulta completamente impropio y equivocado reconducir al diálogo un supuesto recurso a la comparación” (2011: 40).

En clave interamericana, coincidimos que la sola referencia o cita de jurisprudencia interamericana o nacional por parte de un tribunal nacional o la Comisión y Corte respectivamente, no supondrá automáticamente que estamos frente a una articulación dialógica, sino frente a un mero –aunque legítimo- recurso al derecho comparado. Para que tales referencias constituyan articulación dialógica, será necesario que –además- de las mismas se desprendan conclusiones o estándares de obligatorio cumplimiento –en el



caso de los tribunales nacionales- o de pragmática observación –en el caso de la Comisión y la Corte-, en el marco de una recíproca influencia.

Finalmente, queremos abordar aquí un aspecto criticable de las reflexiones y la bibliografía sobre el diálogo judicial –o articulación dialógica, como preferimos caracterizarla nosotros- entre sistema interamericano y tribunales nacionales y que ya habíamos adelantado cuando abordamos el control de convencionalidad en el segundo capítulo del presente documento. Nos referimos a la invisibilización de la Comisión interamericana en este diálogo judicial o articulación dialógica. La propia Corte y la mayor parte de la doctrina constitucional latinoamericana, suelen obviar a la Comisión y referirse sólo a la Corte como la interlocutora de los tribunales nacionales en esta articulación dialógica.

Nosotros consideramos que es un error que no se corresponde con el mandato consagrado en la CADH. Por un lado, el artículo 33° de la CADH es muy claro en consagrar tanto a la Corte como a la Comisión –por igual- como intérpretes del *corpus iuris* interamericano y como los órganos competentes para conocer todos los asuntos relacionados con el cumplimiento –o no- de los compromisos asumidos por los Estados al ratificar la CADH:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos... b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos...<sup>183</sup>

Por otro lado, el artículo 51° de la CADH dispone el carácter de obligatorio cumplimiento de los informes de la Comisión por parte de los Estados. En el marco del procedimiento de peticiones individuales regulado por la Convención, la Comisión puede publicar un informe de fondo final, en virtud del cual condena al Estado por la violación de algún derecho consagrado en el *corpus iuris* interamericano y dispone que adopte medidas de investigación y sanción de los que resulten responsables, medidas de reparación a favor de las víctimas y medidas generales de no repetición a futuro.

---

<sup>183</sup> Artículo 33° CADH.

Al respecto, cabe resaltar que el artículo 51.2° de la CADH dispone que los Estados tienen el deber de dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.”<sup>184</sup> Todo ello sustentado en la consagración de la Comisión como uno de los órganos de la OEA que tiene como función principal “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” según el artículo 106° de la Carta de la OEA.

Como ya adelantamos en el segundo capítulo cuando analizamos la doctrina del control de convencionalidad, la arquitectura del sistema interamericano consagra así un modelo con dos órganos de interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano: la Corte y la Comisión. A la vez –como ya sustentamos también-, consideramos que las decisiones de la Corte ostentan prevalencia sobre las decisiones de la Comisión, cuando ésta última decide someter un caso a la competencia contenciosa de la Corte o formula una solicitud de opinión consultiva a este máximo tribunal.

De esta manera, no hay razón válida alguna para excluir a la Comisión interamericana de la articulación dialógica con los tribunales nacionales. Es más, con la formulación de esta crítica, evidenciamos que el diálogo judicial o articulación dialógica debería darse a tres bandas en el ámbito interamericano: i) entre la Corte y los tribunales nacionales, ii) entre la Comisión y los tribunales nacionales y iii) entre la Corte y la Comisión.

La doctrina constitucional latinoamericana se ha concentrado en el análisis de la primera relación entre Corte y tribunales nacionales, pero ha tomado escasa atención a las otras dos relaciones, a pesar que la articulación dialógica entre la Comisión y los tribunales nacionales por un lado y la Corte por otro, está en constante evolución también. Si bien la Comisión no emite sentencias, aprueba y publica un abanico de decisiones que son tomadas en cuenta –inclusive para criticarlas- por las autoridades nacionales y, entre ellas, por jueces y tribunales también.

En tal sentido, la Comisión no sólo emite informes finales de fondo (artículo 51° CADH), sino también informes de admisibilidad o inadmisibilidad, medidas cautelares y homologa acuerdos de solución amistosa, todos de observancia obligatoria –según sea

---

<sup>184</sup> Subrayado nuestro.

el caso- por parte de los tribunales nacionales y que también deben ser tomados en cuenta como parámetro del control de convencionalidad en sede nacional.

Por su parte, la Comisión y la Corte están en constante diálogo en torno a los estándares interamericanos, coincidiendo algunas veces o discrepando en otras. Si bien esta articulación dialógica es cordial y pública, no está exenta de tensiones y diferencias de criterios jurisprudenciales, como ha sido el caso –por ejemplo- de la proscripción –o no- de las sanciones penales contra los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, tema en el cual la Comisión y la Corte mantienen posiciones discrepantes, tal como se evidenció en el caso *Mémoli contra Argentina*.

Ninguno de estos dos órganos está jurídicamente obligado según la CADH, a observar las decisiones o criterios interpretativos del otro; Comisión y Corte son autónomas entre sí y, en consecuencia, a pesar que la Comisión someta un caso a la Corte, la interpretación de esta última sólo prevalecerá en relación a los tribunales nacionales, pero no necesariamente obligará a la Comisión, la misma que puede persistir en su criterio con la esperanza de influir a futuro en las decisiones de la Corte. De alguna manera, están “condenados” a seguir dialogando.

Al respecto, un flanco que puede ser criticado de nuestra posición, es que la Comisión no es un órgano jurisdiccional y, por ende, no podría establecerse un diálogo judicial con la misma. Si bien en efecto nosotros creemos que la Comisión no ostenta carácter judicial<sup>185</sup> ni “cuasi” judicial sino que es un órgano mixto que cumple funciones técnicas y prejudiciales, a la vez consideramos que ello no impide que se establezca una articulación dialógica con la misma, sobre todo tomando en cuenta que con sus informes o demandas ante la Corte, la Comisión contribuye a hacer avanzar los estándares interamericanos.

Inclusive, en este caso la noción de “articulación dialógica” se muestra más omnicomprendivo que la de “diálogo judicial”, pues permite comprender en el diálogo a

---

<sup>185</sup> En diálogos no oficiales con dos abogadas de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH durante los meses de enero y febrero del 2016, recogimos la posición de que la Comisión también es un órgano de naturaleza jurisdiccional a partir del papel que cumple en el sistema de peticiones individuales. Posición que respetamos pero que no compartimos.

órganos internacionales no necesariamente jurisdiccionales como la Comisión, pero que cumplen un papel fundamental en el sistema.

### 3.1.4. Subsidiariedad y proporcionalidad en vez de margen de apreciación nacional

Corresponde ahora analizar un aspecto importante de esta articulación dialógica entre Corte, Comisión y tribunales nacionales y que tiene entidad propia: la existencia -o no- de un “margen de apreciación” por parte de los tribunales nacionales, criterio asentado en el sistema europeo de derechos humanos pero que en el ámbito interamericano cabe preguntarse sobre su vigencia o conveniencia.

En cuanto al efecto de una decisión de la Corte interamericana en los ordenamientos internos, tal como ya adelantamos en el capítulo primero de la presente investigación, dicho efecto no es directo sino que requiere la intermediación a nivel interno, esto es, requiere de algún acto nacional de ejecución para que la misma se haga efectiva (una resolución judicial o fiscal, una norma, un acto administrativo, entre otros).<sup>186</sup>

La excepción a esta regla –como también ya hemos analizado en el segundo capítulo del presente documento- son las leyes de amnistía o autoamnistía, que la sostenida jurisprudencia de la Corte interamericana establece que no tienen efecto jurídico alguno *ab initio*, esto es, nunca existieron jurídicamente hablando y, por ende, son de obligatorio e inmediato cumplimiento por parte de las autoridades nacionales, incluyendo a jueces y tribunales. Ello ha dado pie a que algunos autores como Giuseppe Vergottini, sostengan que se nota una tendencia, tanto del Tribunal europeo de derechos humanos como de la Corte interamericana, de ir dotando de efecto directo a sus sentencias (2011: 103).<sup>187</sup>

En el caso de nuestro país, la Ley N° 27775, publicada el 5 de julio del 2002, reguló el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, sobre todo en lo que se refiere al pago de las reparaciones económicas. Esta ley fue

---

<sup>186</sup> Sobre el particular, George Bandeira sostiene que: Diferentes Estados han aprobado leyes sobre la implementación de decisiones de órganos internacionales, como la Corte interamericana de derechos humanos, o han adaptado normativas antiguas para regular este asunto. Es el caso, por ejemplo, de Colombia, Perú, Costa Rica, Venezuela y Nicaragua [...] (2015: 235)

<sup>187</sup> “... se puede detectar la tendencia del propio Tribunal a considerar que sus sentencias producen efecto directo cuando vienen redactadas en términos concretos” (2011: 103).

posteriormente reglamentada por el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS y si bien es considerada una regulación normativa pionera en la región, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la considera parcialmente derogada o modificada con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1068, que reguló la defensa judicial del Estado.<sup>188</sup> Sin embargo, se mantiene vigente en el Perú un marco legal que regula el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales establecidas por sentencias de la Corte.

Retomando la interrogante inicial sobre si en el contexto interamericano existiría -y convendría que exista- un margen de apreciación nacional, hay que distinguir dos momentos. Primero, cuando en un caso concreto, la Corte interamericana determina si hubo -o no- violación de derechos fundamentales por parte de un Estado. Segundo, cuando la Corte ya emitió una sentencia condenatoria y toca implementar -en vía de ejecución- lo dispuesto en ella por parte del Estado que ha sido condenado, supuesto al que nos hemos referido líneas arriba.

El margen de apreciación nacional es una noción que surge en el sistema europeo de derechos humanos, en el cual se ha desarrollado, pero que en el sistema interamericano no ha encontrado acogida, salvo en contadas ocasiones. Sin embargo, hay autores que si consideran que dicha noción si se encuentra presente en el concierto interamericano, claro está, en forma implícita y excepcional. Es el caso de César Landa, para quien: "... aunque la Corte IDH no haya abordado el concepto de "margen de apreciación" de manera expresa como en el caso del Tribunal europeo de derechos humanos, sí ha hecho uso del mismo en los casos contenciosos que resuelve." (Landa 2015b: 193)<sup>189</sup>

Al respecto, consideramos que la posible incorporación -o no- del margen de apreciación nacional, merece una aproximación crítica en torno a la conveniencia o necesidad de tal incorporación, tomando en cuenta -como se hace en Europa- la realidad, lo que de inmediato haremos. Sin perjuicio de ello, adelantamos que nuestra posición es que -tomando en cuenta la realidad latinoamericana-, no es necesario ni conveniente asentar este mecanismo de margen de apreciación nacional en predios interamericanos, sino que basta con aplicar los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, propios de nuestro sistema regional de derechos humanos.

---

<sup>188</sup> Véase el informe del Consejo de Defensa Jurídica del Estado (2013).

<sup>189</sup> Subrayado nuestro.

Según Javier García Roca, el término “margen de apreciación” no tiene origen en el derecho internacional ni comunitario sino que parece haber provenído de Francia y, más concretamente, del Consejo de Estado y del derecho administrativo francés, en el que existe un margen de discrecionalidad que se le reconoce a la Administración:

El origen del margen de apreciación nacional es bastante oscuro, no parece proceder del Derecho Internacional y el término no está en el Convenio ni en los trabajos preparatorios. El origen de esa expresión no es evidente para los juristas de habla inglesa, diferencia de en Francia, de donde parece proceder... Consejo de Estado francés que usa la expresión “marge d’appréciation”; y que se aproxima a la idea de discrecionalidad administrativa, que usa la jurisprudencia administrativa... (2010: 107 y 108)

Según este mismo autor, fue la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos la que, por primera vez, utilizó esta noción de margen de apreciación nacional en el caso del Reino Unido contra Grecia en 1958, por la adopción de medidas de emergencia en la isla de Chipre: ... fue la Comisión quien la usó primero en tempranos casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia en 1958 por implantar medidas de emergencia en Chipre, y otros supuestos ligados al art. 15 CEDH, un precepto que permite derogar las obligaciones del Convenio en casos de guerra o de peligros públicos en la medida estricta en que lo exija la situación. (2010: 109)

Luego, ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) abraza esta noción y la incorpora en su jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, visto su origen, queda claro que en un inicio el margen de apreciación nacional estuvo ligado a situaciones excepcionales de emergencia, que en clave interamericana, son las que contempla el artículo 27° de la CADH. Como señala García Roca, esta noción tuvo entonces “... Un origen dramático, ligado a una compleja situación de emergencia y de suspensión de derechos...”<sup>190</sup> (2010: 111)

---

<sup>190</sup> “El margen estuvo pues originariamente ligado en los primeros asuntos a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas... Quizás de esta brusca procedencia en la Comisión derive su cierta tosquedad o elementalidad como técnica jurídica...” (2010: 111)

El margen de apreciación nacional no es otra cosa pues, en palabras de García Roca, que: ... “un espacio de maniobra” que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio Europeo... La idea básica es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos... (2010: 108 y 113).

Sin embargo, esta aproximación conceptual adolece de una gran vaguedad e imprecisión y esa es, precisamente, una de las principales críticas que se le hacen porque más allá de su utilidad práctica para tomar en cuenta las particularidades nacionales y culturales, con frecuencia ha sido usada como pretexto por el TEDH para no entrar a evaluar una situación nacional concreta por consideraciones prácticas diversas y a veces hasta contradictorias.<sup>191</sup>

Al respecto, un autor como Javier García Roca -que es partidario de la utilidad práctica de esta noción de margen de apreciación nacional para la actual realidad europea-, reconoce en consecuencia que: “La descripción que el Tribunal ha hecho del margen... debe considerarse como una construcción débil: poco densa y susceptible de aplicaciones muy variadas si no contradictorias... el margen es un instrumento impreciso, diríase de una geometría variable. Una doctrina cuya misma configuración permite sea alterada según las condiciones del caso según las ventajas o desventajas que comporte el enjuiciamiento...” (2010: 112 y 118)<sup>192</sup>

Por ello, es una noción que ha generado mucha polémica y críticas en Europa, desde quienes consideran que es “una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila, una aproximación oportunista donde el TEDH abdica de su responsabilidad...” (García Roca. 2010: 119 y 120), hasta quienes, por el contrario, sostienen que es “... una muestra acertada de contención (*selfrestraint*) y prudencia judiciales, y, al cabo de

---

<sup>191</sup> “La noción del margen de apreciación nacional es una herramienta de construcción pretoriana utilizada en los subsistemas regionales de derechos humanos para modular la tensión entre soberanía del Estado, subsidiariedad y protección de los derechos fundamentales. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, flexible y polisémico que presenta un complejo desarrollo teórico...” (Pascual. 2013: 260)

<sup>192</sup> Más adelante este mismo autor concluye que la “doctrina” del margen no es propiamente una “doctrina” sino tan sólo un simple “criterio de justificación de la variación a la baja de la intensidad de la revisión” (2010: 219)

realismo, un ejemplo de respeto al pluralismo jurídico de base territorial y a la diversidad cultural de las naciones europeas...” (García Roca. 2010: 120 y 121)

Una posición intermedia es la que asume precisamente Javier García Roca, quien -si bien considera que la noción de margen de apreciación nacional ha sido y es útil en Europa-, tiene un acercamiento muy crítico a determinados usos y distorsiones que se han hecho del margen.<sup>193</sup> Pese a ello, para este autor hay dos razones para considerar válida la noción de margen: i) permite adecuar las decisiones del TEDH a la realidad plural y multicultural europea y ii) es una plasmación del principio de subsidiariedad del derecho internacional:

... Un cierto margen de apreciación nacional –se llame como se quiera- en la regulación y ponderación de los derechos recogidos en el Convenio parece necesario por dos razones. Primero, porque refleja una evidente realidad, el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos... la tremenda diversidad de los 47 Estados... en segundo lugar, todo ello responde también a la lógica de la que es una protección “internacional” o “supranacional” en cualquier caso subsidiaria de la interna que dispensen los Estados... (2010: 123 y 124)

Más adelante este mismo autor se decanta por la centralidad que tiene -en el sustento del margen-, su aporte a la integración del “espacio público europeo”: “La doctrina mayoritaria reconoce, por éstas y otras razones, el rol esencial de la doctrina del margen de apreciación que nos ocupa a la hora de conformar un espacio público europeo muy amplio y plural, y tiende a admitir que juega un papel, hoy por hoy, inevitable. La creación de un espacio común tan extenso no sería posible sin el reconocimiento de un razonable margen de discrecionalidad en la integración de las todavía muy diversas comunidades políticas estatales...” (2010: 129)

Visto el contexto en el que surge y se ha desarrollado la noción del margen de apreciación nacional en Europa, corresponde ahora reflexionar si la misma es aplicable –o no- al contexto interamericano.

---

<sup>193</sup> “... el margen no puede concebirse como una “carta blanca” a los Estados... El margen comporta un cierto poder “discrecional”, pero no entraña un espacio que se deje a la “arbitrariedad” de los Estados.” (2010: 130 y 131)



Si bien somos un continente territorialmente extenso, somos 35 Estados, ocho (08) de los cuales son pequeños Estados caribeños. Somos un continente cultural y lingüísticamente diverso, pero no en la magnitud europea: sin tomar en cuenta las lenguas indígenas americanas –que sin duda son muy importantes- son sólo cuatro (04) los idiomas oficiales de la OEA: inglés, español, portugués y francés.

Por su parte, la religión católica es la predominante, sin perjuicio de la existencia de otras creencias cristianas y, en menor medida, de otras religiones como el judaísmo, el islamismo, entre otras, en una atmósfera de tolerancia religiosa. A nivel de tradiciones jurídicas, el *civil law* es propio de los países latinoamericanos y el *common law* de los países anglófonos (Estados Unidos, Canadá y algunos países caribeños).

En consecuencia, a grandes rasgos podríamos afirmar que en el concierto interamericano, se distinguen tres grandes áreas geográficas y culturales: América del norte anglófono (Canadá y Estados Unidos), el Caribe<sup>194</sup> y América Latina (desde México hasta Chile). Ciertamente cada sub-región<sup>195</sup> y país<sup>196</sup> presenta sus propias peculiaridades, pero en términos generales podemos afirmar que al menos dentro de cada uno de los tres grandes bloques territoriales que hemos señalado, hay cierta similitud o proximidad histórica y cultural.

Además, en el caso del sistema interamericano, en la actualidad hay mayor empatía jurídica (*civil law*), histórica y cultural, pues están sometidos al mismo sólo los Estados latinoamericanos y algunos caribeños (*civil law* fundamentalmente), pero aún no Estados Unidos, Canadá y otros países caribeños anglófonos (*common law*).

Todo lo anterior para mostrar –desde nuestro punto de vista- que el concierto interamericano no es tan plural ni multicultural comparado con la realidad europea, comparativamente hablando. Las diversas religiones, lenguas y culturas europeas no

---

<sup>194</sup> Que no sólo comprende a los Estados peninsulares sino a Estados continentales pero histórica y culturalmente vinculados al Caribe y no a América Latina: Belize, Surinam y Guyana.

<sup>195</sup> América central, región andina y Cono sur.

<sup>196</sup> Inclusive hay los llamados países-continente como Brasil y México.

sólo son fuentes de conflictos armados y debate políticos actuales, sino también de debates y decisiones jurídicas en el ámbito comunitario europeo.<sup>197</sup>

Tal vez ha sido el ámbito europeo de las confesiones religiosas en donde el TEDH se ha mostrado más cauteloso en evaluar algunas decisiones estatales y ha sido, por ende, más proclive a reconocer un margen –más o menos amplio- de apreciación nacional. Francisco Barbosa señala que en el caso de Francia hay una histórica tradición de laicidad en la enseñanza pública y que la misma, al entrar en conflicto con algunas expresiones religiosas concretamente del islamismo, ha merecido pronunciamientos por parte del TEDH en el que se reconoce a favor no sólo de Francia sino también de Italia y Turquía, un margen de apreciación considerable: “... En el marco de esa noción de pluralismo educativo, el TEDH ha sido muy cuidadoso de imponer un criterio para no contrariar la noción de laicidad a la francesa, o turca o italiana, entre otras.” (2011:57)<sup>198</sup>

En consecuencia, consideramos que esa gran utilidad práctica que esgrimen autores como Javier García Roca como una de las razones principales que justifican el margen de apreciación nacional en la realidad europea, no es trasladable al sistema interamericano, al menos no con esa misma intensidad y necesidad. Si bien es cierto somos un continente diverso, consideramos que dicha diversidad bien puede ser armonizada con los estándares universales de derechos humanos,<sup>199</sup> a partir de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, tal como desarrollamos enseguida.

---

<sup>197</sup> En el ámbito interamericano la identidad cultural y otros derechos humanos de los pueblos indígenas también son materia de debates jurídicos ante la Comisión y la Corte, pero no en la magnitud conflictiva europea ni en tensión con otros derechos fundamentales.

<sup>198</sup> Es importante destacar que este mismo autor concluye con una consideración crítica frente al margen de apreciación nacional sobre la laicidad de la enseñanza pública, en el sentido que considera que el TEDH no debería seguir rehusando a analizar dicha característica de la enseñanza pública sino que debería a entrar a analizar el fondo de la tensión entre aquella y las creencias religiosas: “Creemos que el TEDH debe entender la laicidad como principio de neutralidad y de protección de la sociedad democrática –elemento definitorio y sustento del CEDH-, y dejar de lado su temor por tratar este tema. Con ello podremos entender que la laicidad es la base de una sociedad libre en la cual se alcancen los valores comunes por todos.” (2011: 61)

<sup>199</sup> En opinión de Paolo Carozza –citado por García Roca- “... la subsidiariedad expresa, en el Derecho Internacional de los derechos humanos... la tensión entre una visión sustantiva y universal de la dignidad de la persona y el respeto a la diversidad cultural, integrando ambas aproximaciones desde una visión pluralista...” (2010: 95 y 96)

Como se sabe, el sistema interamericano –como todo sistema internacional de derechos humanos- ostenta un carácter subsidiario respecto a los sistemas de justicia nacionales: sólo entrará en acción si es que los tribunales nacionales no han protegido debidamente los derechos fundamentales vulnerados. Ese es el sustento de todo el sistema de peticiones individuales regulado por la CADH, el Estatuto y Reglamento de la Comisión interamericana y, por ejemplo, de los criterios de admisibilidad o inadmisibilidad de dichas peticiones (el criterio de cuarta instancia, de exigencia de agotamiento de vía interna, de observancia del plazo de seis meses para presentar la petición, entre otros).

Como ya adelantamos cuando citamos a García Roca (2010), el margen de apreciación nacional es una de las plasmaciones del principio de subsidiariedad en el ámbito europeo. Como sostiene García Roca: “La llamada doctrina del margen –pese a que concluiremos que no es una verdadera doctrina-... es inmanente a la lógica del principio de subsidiariedad, inherente a una protección internacional... siempre se produce después de agotada la protección interna y en defecto de la misma; y así lo ha entendido el TEDH...” (2010: 93 y 94)

Sin embargo, la subsidiariedad bien puede plasmarse bajo otras modalidades en nuestro continente, por ejemplo y tal como acabamos de señalar, declarando inadmisibles algunas peticiones en virtud del criterio de cuarta instancia o de la exigencia del agotamiento de la vía interna. En otras palabras, la subsidiariedad no necesariamente tiene que concretarse en el concierto interamericano en nociones como la del margen de apreciación nacional.

Al respecto, el autor Pablo Contreras identifica en la jurisprudencia interamericana dos casos excepcionales en los que la Corte habría aplicado el margen de apreciación, pero que nosotros consideramos que fueron una expresión de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el sistema interamericano.

El primer caso fue la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en virtud de la cual la Corte dio respuesta a una consulta del Estado de Costa Rica en relación a una reforma constitucional en materia de otorgamiento de la ciudadanía costarricense y en la cual se distinguía entre quienes habían nacido en dicho país y los que no:

... La consulta del Estado estaba relacionada con las presuntas incompatibilidades entre el derecho a la nacionalidad (art. 20 CADH) y la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) en la reforma propuesta... En su razonamiento, la opinión reconoce que “se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan *un cierto margen de apreciación* para la expresión que deben asumir en cada caso”. Explícitamente, la Corte sostiene que “no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad de los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base a circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense”. La Corte, bajo tal estándar de deferencia, estimó que las diferencias anotadas eran compatibles con la igualdad ante la ley... (2014: 241)

Si bien es verdad la Corte utilizó la expresión “cierto margen de apreciación” a favor del Estado nacional, no creemos que ello alcance para considerar que la jurisprudencia interamericana incorporó la noción de margen de apreciación nacional, por las razones siguientes:

- No fue una sentencia sino una opinión consultiva, por ende, su fuerza era más orientadora hacia el Estado de Costa Rica.
- Fue una decisión emitida hace 32 años, momento en el que la Corte estaba comenzando a definir sus líneas jurisprudenciales.
- En este caso concreto, la Corte respetó la voluntad constituyente costarricense de diferenciar entre nacidos y no nacidos en dicho país sólo para efectos del otorgamiento de la nacionalidad y no para el reconocimiento de otros derechos fundamentales (subsidiariedad) y, por otro lado, consideró que la igualdad no había sido vulnerada porque la misma no impide hacer diferenciaciones en tanto éstas se basen en criterios objetivos no discriminatorios (esto es, hizo una suerte de examen de proporcionalidad).

El segundo caso en el que supuestamente la Corte interamericana habría aplicado la noción de margen de apreciación nacional, es la sentencia del 6 de agosto del 2008 en el caso Castañeda Gutman contra México, que Contreras sintetiza de la siguiente manera:

... El Estado mexicano había negado el registro de la candidatura independiente de Castañeda-Gutman para la presidencia de la Nación. Las reglas electorales en México exigen que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, excluyendo a los independientes o las candidaturas “ciudadanas”. La Corte debía resolver si la restricción que pesaba sobre candidaturas independientes violaba el derecho a participar en elecciones democráticas, bajo el artículo 23 de la CADH. El razonamiento comienza reconociendo que “en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido”. Abocándose al análisis de la restricción, la Corte acepta que “la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos... (2014: 248)

Contreras concluye así, en relación a este caso, que la Corte consagra “una esfera de discreción para las autoridades nacionales en la determinación de las reglas electorales en un sistema democrático” (2014: 249), aunque la sentencia respectiva no recurrió a la expresión “margen de apreciación”.

Nosotros discrepamos de esta apreciación porque creemos que la Corte si entra a analizar el fondo del asunto, si hubo o no vulneración del derecho político a participar en elecciones, y en ese análisis considera que en materia electoral como en otros ámbitos –piénsese, por ejemplo, en los diversos sistemas de selección y nombramiento de jueces y fiscales, que no necesariamente vulneran *per se* la independencia judicial-, hay diferentes sistemas electorales democráticos y que ninguno de ellos vulneran –necesariamente- el artículo 23° de la CADH.

Sin embargo, fue una decisión polémica –como otras que ha emitido la Corte- porque bien pudo optar por otro derrotero de interpretación y llegar a determinar que la prohibición de candidatos a la presidencia de la República por fuera de los partidos políticos, sí podría violar el derecho a participar en elecciones. Tal vez por esto último, termina exhortando al Estado mexicano a reflexionar sobre la conveniencia de aprobar reformas legales dirigidas a ampliar la participación en elecciones de los candidatos independientes:

... ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la

definición política que haga el Estado... A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia... En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros. (2014: 249)

Desde nuestro punto de vista, fue una decisión conservadora y criticable en la interpretación de las limitaciones válidas al artículo 23 de la CADH, pero que no puede predicarse de la misma que echó mano de la noción del margen de apreciación nacional; en todo caso, puede criticársele que hizo una mal examen de proporcionalidad. El mismo autor Pablo Contreras concluye que esta decisión no hizo uso de la noción del margen, aunque insiste que otorgó un margen de “deferencia internacional” a favor de las decisiones nacionales.<sup>200</sup>

Cabe precisar aquí que la aplicación que lleva a cabo la jurisprudencia de la Corte interamericana del principio de proporcionalidad –que líneas arriba hemos preferido llamar examen de proporcionalidad-, no necesariamente coincide con la aplicación que del mismo hace el derecho constitucional. Si bien para la interpretación constitucional el examen o *test* de proporcionalidad supone seguir en forma ordenada los pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, en la jurisprudencia interamericana en ocasiones sólo supone un balance sobre si las restricciones a un derecho se justifican a favor de otro.<sup>201</sup>

El otro nivel de realización de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad – como adelantamos líneas arriba-, es el de la implementación en sede nacional de las decisiones de los órganos interamericanos (Comisión y Corte). Autores como César

---

<sup>200</sup> “La decisión en Castañeda-Gutman es particularmente única en el sistema interamericano, al menos, en lo que respecta a la discrecionalidad de las autoridades nacionales. Se trata de un fallo que, sin recurrir al margen de apreciación, otorga deferencia internacional en la regulación de los sistemas electorales de cada Estado parte...” (2014: 250)

<sup>201</sup> En otras ocasiones, en cambio, la Comisión y la Corte se han realizado un examen de proporcionalidad propiamente dicho, como en los casos de libertad de expresión o vida.

Landa consideran que en este nivel también hay lugar para la implementación del margen de apreciación en el concierto interamericano:

[E]l margen de apreciación entiendo que innominadamente lo ha hecho la Corte más que en los fallos de fondo, en las reparaciones que deja que se implemente de acuerdo a la legislación nacional. Pero, en algunos casos de fondo ha señalado que el tipo penal p.e. de desaparición forzada no está completo y que el legislador debe rellenarlo (Caso Gómez Palomino contra Perú); también cuando pide que se diferencie el tipo penal de calumnia y difamación (Caso Kimel contra Argentina). (Landa 2015c)

Por el contrario, otros autores consideran que en la ejecución nacional de una decisión internacional, hay poco espacio para el margen de apreciación, cuando estamos al frente de medidas cautelares, por su carácter de urgencia y necesidad: “... la naturaleza urgente y suspensiva de tales medidas provisionales... hace pensar que en este terreno el margen doméstico no pueda ser mucho, y así se deduce del cariz muy estricto – compulsivo u obligatorio- de la jurisprudencia recaída en los últimos tiempos...” (García Roca. 2010: 319)

En nuestra opinión, en este nivel de implementación en sede nacional de las decisiones interamericanas, tampoco es necesario ni conveniente incorporar la noción de margen de apreciación, pues la mayor o menor flexibilidad que los Estados pueden tener para implementar lo dispuesto por la Comisión o la Corte en un caso concreto, no es consecuencia de la existencia de un supuesto “margen de apreciación”, sino de la naturaleza de las medidas de justicia, reparación y no repetición que estos órganos interamericanos dispongan.

Si estamos frente a un “clásico mandato de abstención a los poderes públicos” (García Roca. 2010: 156), no habrá mucha flexibilidad en su cumplimiento,<sup>202</sup> pero si son “obligaciones positivas de actuación de los poderes públicos, habituales en los derechos de prestación (no sólo en los derechos sociales)” (García Roca. 2010: 156), entonces su implementación mostrará cierta flexibilidad en sede nacional.

---

<sup>202</sup> Inclusive en relación al margen de apreciación nacional en Europa, se reconoce que frente a determinadas obligaciones internacionales no cabe margen alguno: “... la norma que contempla la prohibición de la tortura sería extraña a una invocación del margen de apreciación nacional que pretendiese orillarla, pues debe prevalecer su condición de derecho imperativo e inderogable...” (Pascual. 2013: 238)

Por ejemplo, si la Corte dispone que un Estado tipifique un delito contra los derechos humanos o complete o corrija una tipificación penal ya existente -para hacerla compatible con la CADH-, entonces las autoridades nacionales pueden hacerlo modificando el Código Penal, aprobando una ley especial, vía el propio Congreso o por delegación legislativa. Asimismo, la Corte puede disponer la implementación de un Plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas en el contexto de lo que fue un conflicto armado interno, en cuyo caso el Estado decidirá aprobarlo por ley, por norma reglamentaria, insertado en tal sector o como órgano autónomo, con determinados recursos, con colaboración internacional, entre otros aspectos.

En cambio, cuando la Comisión o la Corte disponen la realización de un nuevo proceso judicial para individualizar y sancionar a los victimarios, modificar las condiciones de privación de libertad para evitar nuevos episodios de tortura o trato cruel o denigrante o reparar económica y simbólicamente a las víctimas, sólo caber que el Estado cumpla con ello.

En todos estos casos, la Comisión o la Corte, en la supervisión del cumplimiento de sus decisiones, evaluarán si las medidas adoptadas por los Estados, honran -o no- sus obligaciones internacionales. Si el Estado adujera la tensión con otros derechos fundamentales en el proceso de implementación, pues bien los órganos interamericanos podrán realizar un examen de proporcionalidad.

Al respecto, es interesante la distinción que Laura Clérico hace entre normas-regla y normas-principio, en relación a la aplicación por parte de la Corte interamericana del examen o test de proporcionalidad, pero que consideramos extensible al tipo de relación que en un caso concreto puede establecerse entre los órganos interamericanos y tribunales nacionales:

Si se trata de una norma de derechos humanos como regla, entonces dado el antecedente de la norma se sigue la consecuencia. Es decir, dada la tortura se sigue el consecuente su prohibición [...] Las normas de derechos humanos como reglas son normas que permiten, prohíben u obligan algo en forma definitiva. Su forma de aplicación es la subsunción. Si se tortura, la regla es incumplida; si se cumple con el mandato de prohibición la regla es cumplida [...] Sin embargo, existen otras normas de derechos humanos que exigen que algo sea cumplido en la mayor medida posible; por ejemplo, algunos contenidos de la libertad de expresión que aspiran a su mayor realización.



Ahora bien, justamente por aspirar a la mayor realización posible, también es posible que colisione con otros derechos humanos con carácter de principio, por ejemplo, el derecho humano a la honra. La aplicación de ambas normas se juega en el examen de proporcionalidad. (Clérico 2012: 202-203)<sup>203</sup>

En consecuencia, para Clérico en materia de derechos humanos la proporcionalidad se aplicará a normas-principio (p.e. libertad de expresión vs. derecho al honor) y la subsunción se aplicará a normas-regla (p.e. prohibición de la tortura). Para el propósito de la presente investigación, podemos desprender que puede haber mayor flexibilidad para el Estado en la implementación de una decisión interamericana cuando se trate de normas-principio y, por el contrario, puede que se produzca un mero acatamiento de una sentencia interamericana cuando se trate de normas-regla.

En este examen de proporcionalidad, excepcionalmente los órganos del sistema pueden incorporar el carácter democrático o no del fin perseguido con la restricción o limitación de un derecho fundamental, en virtud de lo dispuesto en los artículos 27° y 29° de la CADH y en el artículo 5° del Protocolo adicional de San Salvador. Ante ello, la Comisión o la Corte evaluarán la necesidad o proporcionalidad de la medida o restricción adoptada, pero tampoco tienen que recurrir a nociones imprecisas como del margen de apreciación.

Sobre el particular, nuestra experiencia con el sistema interamericano durante los últimos quince años –en especial con la Comisión- nos ha permitido escuchar o asistir a diversas presentaciones y conferencias por parte de representantes de los Estados, de la sociedad civil y funcionarios de la OEA y la CIDH. En ese marco, un argumento escuchado a algunos representantes de Gobiernos democráticos, ha sido que a los gobiernos democráticos, la CIDH no debería seguir tratándolos como dictaduras. Si bien ello es atendible en la lógica del párrafo anterior, a la vez las democracias en el continente deberían comportarse como tal y no como dictaduras del pasado al enfrentar, por ejemplo, protestas sociales en forma violenta o desproporcionada.

En resumen, nuestra posición es que no es necesaria ni conveniente la incorporación en el derecho interamericano de la noción del margen de apreciación nacional, propio del

---

<sup>203</sup> Subrayado nuestro.

sistema europeo de derechos humanos y en el cual, también ha sido objeto de críticas y debates.<sup>204</sup> En la revisión de los actos y normas estatales por parte de los órganos interamericanos y en la posterior implementación de sus decisiones en sede nacional, se puede recurrir –como lo han hecho la Comisión y la Corte-, a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, en el marco de esta articulación dialógica que ya hemos desarrollado.

### **3.1.5. Control de convencionalidad como expresión de esta articulación**

En este punto nos remitimos a lo ya desarrollado en el sub-capítulo 2.3.2 del segundo capítulo del presente documento, en el que analizamos en extenso el control de convencionalidad y las reflexiones críticas que se han formulado en torno al mismo. Sólo nos resta señalar que –en nuestra opinión- el control de convencionalidad es otra de las expresiones más importantes de la articulación dialógica entre Corte, Comisión y tribunales nacionales, pues supone una clara influencia interamericana en sede nacional y de obligatoria observancia.

## **3.2. PRECARIEDAD DEL SISTEMA INTERAMERICANO**

Como ya hemos desarrollado en los capítulos anteriores, si bien en el ámbito nacional se han venido dando interesantes procesos de interamericanización de los Estados constitucionales –como es el caso de nuestro país-, en el sistema interamericano –pese a sus logros y avances jurisprudenciales a favor de los derechos fundamentales-, persisten debilidades estructurales que –de no ser corregidas o, al menos, atenuadas en el mediano y largo plazo- podrían poner en riesgo la continuidad del sistema mismo o condenarlo a la irrelevancia institucional en la región.

A continuación, desarrollaremos las cuatro principales debilidades que conspiran, por un lado, contra la mejor articulación entre los Estados nacionales y el sistema interamericano y, por otro lado, contra la consolidación de este último: la incompleta universalización del sistema interamericano, el insuficiente cumplimiento por parte de

---

<sup>204</sup> Es más, autores como Javier García Roca que han investigado a profundidad esta noción, se inclinan a pensar que la misma está en franco declive en Europa: “... tengo la sensación de que, pese a lo que las sentencias dicen en su motivación, el uso del margen de apreciación nacional tiende a menguar en los últimos años, aunque se mantiene muy a menudo su invocación en la fundamentación de sentencias decisivas...” (2010: 265)

los Estados de las decisiones interamericanas, demagogia presupuestal interamericana y el vínculo entre precariedad judicial y aparente subsidiariedad del sistema interamericano.

### 3.2.1. Insuficiente universalización del sistema interamericano

Según el Informe “Universalización del sistema interamericano de derechos humanos” de la Comisión interamericana de derechos humanos (la CIDH) (2015), en la actualidad nueve (09) Estados de las Américas y el Caribe<sup>205</sup> no han realizado la ratificación/adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos (la CADH), dos (02) Estados más la han denunciado<sup>206</sup> y -como es de público conocimiento- el Estado de Cuba no sólo no ha ratificado la CADH sino que no se considera siquiera miembro de la OEA a pesar que sí lo es<sup>207</sup>.

Es decir, en total 12 Estados no han ratificado/adherido o han denunciado la CADH. A ellos se suman tres (03) Estados<sup>208</sup> más que, habiendo ratificado la CADH, no se han sometido a la competencia de la Corte interamericana.

En consecuencia, son 15 Estados de los 35 que forman parte de la Organización de Estados Americanos (la OEA), que no han ratificado/adherido o han denunciado la CADH o no se han sometido a la competencia de la Corte interamericana, esto es, un 43% de los Estados miembros de la OEA.

Hay que señalar que salvo Estados Unidos, Canadá y ahora Venezuela, el resto de Estados que no han ratificado o han denunciado la CADH o no se han sometido a la competencia de la Corte, son Estados caribeños, la mayoría anglófonos. De los quince

---

<sup>205</sup> Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belize, Guyana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y St. Vicente y Grenadines.

<sup>206</sup> Trinidad y Tobago y Venezuela.

<sup>207</sup> Prueba de ello es que Cuba está sometida a la competencia de la Comisión interamericana de derechos humanos y ésta suele convocar audiencias públicas para analizar los derechos humanos en dicho Estado.

<sup>208</sup> Dominica, Grenada y Jamaica.

(15) Estados caribeños<sup>209</sup>, sólo tres (03) han ratificado la CADH y se han sometido a la competencia de la Corte interamericana.<sup>210</sup>

Por otro lado, existen otros ocho (08) convenciones o protocolos adicionales en el sistema interamericano<sup>211</sup>, respecto de los cuales el nivel de ratificación/adhesión por parte de los Estados es más bajo aún. Así es, tomando en cuenta el Informe Anual 2014 de la CIDH (Comisión interamericana de derecho humanos: 2015), de un universo de 272 ratificaciones/adhesiones que podrían haberse producido<sup>212</sup>, a la fecha sólo se han verificado 136 y no se han verificado 137 (esto es, casi 50% en cada lado). En ese paisaje normativo, resalta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, que a la fecha es la única que ha sido ratificada/adherida por 32 de los 35 Estados miembros de la OEA, con excepción de Estados Unidos, Canadá y Cuba (Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2015).

De este breve repaso del estado actual de las ratificaciones de los instrumentos interamericanos se desprende con claridad que aún subsisten diversos compromisos jurídicos por parte de los Estados miembros de la OEA en relación al sistema interamericano y ello -qué duda cabe- es un flanco vulnerable del referido sistema.

A la fecha se han ensayado muchas explicaciones sobre la resistencia de Estados con tradición jurídica del *common law* como Estados Unidos, Canadá y los países

---

<sup>209</sup> Cabe precisar que aunque geográficamente no es correcto, histórica y culturalmente se consideran Estados caribeños a Belize, Guyana y Suriname.

<sup>210</sup> Barbados, Haití y República Dominicana.

<sup>211</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

<sup>212</sup> 34 Estados (no hemos contado a Cuba) x 08 convenios o protocolos adicionales = 272 posibles ratificaciones.

anglófonos del Caribe<sup>213</sup>, pero consideramos que nada justifica que, luego de 55 años de existencia de la Comisión interamericana, de 36 años de existencia de la Corte y de 46 años de adoptada la Convención Americana, aún existan Estados que no hayan asumido los mismos compromisos jurídicos que el resto en el ámbito del sistema interamericano.

Esta debilidad estructural del sistema interamericano ha sido objeto de encendidos debates al interior de la OEA, en especial, cuando algunos Estados integrantes de la alianza ALBA, acusaron a la Comisión interamericana de responder a los intereses del “imperialismo norteamericano”<sup>214</sup>, debido a que su sede se encuentra en Washington DC, a pesar que Estados Unidos es precisamente uno de los Estados que se ha negado a ratificar la CADH y cualquier otro instrumento interamericano. En consecuencia, algunos Estados han propuesto que la CIDH traslade su sede a otro país que si haya ratificado la CADH.<sup>215</sup>

En este punto es pertinente precisar que estos Estados reticentes a ratificar/adherirse a la CADH, al formar parte de la OEA, sí se hallan sometidos a la competencia de la Comisión –aunque no de la Corte-, y si bien no es posible invocar la CADH debido a que, como se ha dicho antes, ninguno de los países antes mencionados se ha sometido a dicho tratado, la CIDH utiliza como estándar para la protección de los derechos humanos, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”,<sup>216</sup> que al tener carácter vinculante –en virtud de una antigua Opinión consultiva de la Corte<sup>217</sup>- le

---

<sup>213</sup> Entre los principales argumentos en que algunos estados sustentan para no adoptar un compromiso más firme en el SIDH se hallan: “(i) problemas del federalismo y la distribución de competencias entre el nivel nacional y los estados o provincias; (ii) sus sistemas domésticos ya establecen la protección y garantía de los derechos; y (iii) problemas con las implicaciones de los términos en que están consagrados algunos, derechos como el derecho a la vida” (Ayala 2001: 112).

<sup>214</sup> Crítica que, en el caso de Venezuela, ha quedado sin piso luego que el régimen venezolano denunciara la Convención Americana y se saliera de la competencia de la Corte interamericana.

<sup>215</sup> En nuestra opinión, sin descartar la posibilidad que a futuro la sede de la CIDH se traslade a otro Estado, tal como desarrollaremos más adelante en el presente capítulo, consideramos que esta propuesta constituye una suerte de “Caballo de Troya” para abrir la reforma del Estatuto de la Comisión interamericana –que requiere la anuencia de la Comisión- y así introducir otros cambios en perjuicio de la autonomía de este órgano.

<sup>216</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989).

<sup>217</sup> Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de Julio de 1989.

ha permitido actuar en temas muy sensibles para estos países como la imposición de la pena de muerte, las condiciones carcelarias de Guantánamo,<sup>218</sup> la situación de los migrantes, la legislación antiterrorista e inclusive, en sucesos como los de “*occupy wall street*”; sobre este último caso la Relatoría especial para la libertad de expresión de la CIDH también se pronunciado en su oportunidad.<sup>219</sup> Con frecuencia la CIDH convoca a audiencias públicas o emite medidas cautelares referidas a denuncias de derechos humanos en tales Estados.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> “Washington, D.C. – A 10 años de que el primer detenido fuera trasladado por el Gobierno de Estados Unidos a su base naval en Guantánamo, Cuba, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH) insta al cierre inmediato del centro de detención [...] La CIDH reitera que el Gobierno de Estados Unidos de América debe clausurar el centro de detención que opera en la base naval de Guantánamo sin más demora. Asimismo, la CIDH reitera que Estados Unidos debe determinar la legalidad de la privación de libertad de las personas allí recluidas, observar el principio de *non-refoulement* en los casos en que corresponda realizar transferencias de detenidos a otros países, investigar y sancionar efectivamente los actos de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos contra los detenidos, y permitir a la Comisión Interamericana y a los órganos internacionales de protección realizar visitas de monitoreo en las instalaciones de detención de la base naval de Guantánamo [...] La CIDH celebró ocho audiencias relativas a la situación de los detenidos de la base naval de Guantánamo, en los años 2002, 2003, 2005 (dos), 2007, 2008 y 2010. Asimismo, la Comisión Interamericana solicitó en 2007 y 2011 la anuencia del Estado para realizar visitas de observación en las instalaciones de detención de la base naval de Guantánamo. En ambas ocasiones el Estado indicó que la única institución competente para tener acceso a los detenidos era la Cruz Roja Internacional [...] La Comisión Interamericana reafirma que considera fundamental que Estados Unidos permita la realización de una visita de observación en la que se le permita el acceso irrestricto a las instalaciones y entrevistarse libre y privadamente con los detenidos [...] Asimismo, la CIDH reitera que las tres medidas cautelares otorgadas en relación al centro de detención en Guantánamo continúan vigentes, e insta a Estados Unidos a dar inmediato cumplimiento a las mismas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012a).

<sup>219</sup> “Washington D.C., 17 de noviembre de 2011— La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH) manifiesta su preocupación por las detenciones y agresiones que han sufrido periodistas y trabajadores de medios de comunicación durante la cobertura de las manifestaciones de las agrupaciones Occupy Wall Street, Nashville y Oakland en las últimas semanas, y llama a las autoridades a garantizar y proteger el ejercicio del periodismo en las manifestaciones públicas [...] De acuerdo con la información recibida, al menos tres periodistas habrían sido agredidos desde el pasado octubre por agentes policiales y dos más por personas participantes en las manifestaciones referidas. Asimismo, al menos una docena de periodistas habrían sido temporalmente arrestados mientras cumplían sus tareas profesionales [...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de Principios de Libertad de Expresión, así como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protegen ampliamente el ejercicio de la libertad de expresión [...]” (Relatoría Especial para la libertad de expresión 2011).

<sup>220</sup> En su informe anual 2014, la CIDH saluda que Estados Unidos haya suspendido la ejecución de la pena de muerte de una persona respecto de la cual, la CIDH había emitido medidas cautelares pidiendo precisamente tal suspensión: “13. Otra noticia positiva en materia de pena de muerte fue la orden de la Corte Suprema de los Estados Unidos de suspender la ejecución de Russel Bucklew en el estado de Missouri, mientras se resuelve una apelación sobre el procedimiento de la ejecución. El 20 de mayo de 2014, la CIDH otorgó medidas cautelares solicitando a Estados Unidos abstenerse de ejecutar la pena capital –prevista para el 21 de mayo de 2014-- hasta tanto tuviera la oportunidad de decidir sobre los reclamos de los peticionarios sobre las presuntas violaciones de la Declaración Americana” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015: 11).

Esta competencia general de la Comisión interamericana sobre los 35 Estados miembros de la OEA<sup>221</sup>, en virtud de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre que suscribieron todos los Estados de las Américas y del Caribe en 1948, es uno de los argumentos que históricamente se ha utilizado para justificar de alguna manera que Estados como Estados Unidos o Canadá se hayan negado sistemáticamente a ratificar la CADH, esgrimiendo que están sometidos a la competencia de la Comisión.

En nuestra opinión, si bien es positivo que estos Estados ya estén sometidos a la competencia de la Comisión, no es suficiente pues persisten los diferentes compromisos jurídicos respecto al sistema interamericano al no ratificar la CADH y los otros instrumentos interamericanos y no haberse sometido a la competencia de la Corte. El sistema interamericano está conformado por un *corpus iuris* y por dos órganos y, por ende, todos los Estados miembros de la OEA deberían aceptar el todo y no sólo una parte; entre otras razones, porque las sentencias de la Corte también son fuente de este *corpus iuris* interamericano.

En tal sentido, compartimos la opinión de Carlos Ayala, expresidente de la Comisión, que afirma que estos diversos compromisos jurídicos constituyen “una asimetría inaceptable en los grados de compromiso y protección internacional, lo cual ha resultado en un debilitamiento del SIDH” (Ayala 2001: 112).

Así, países como Canadá, que ha mantenido y mostrado voluntad de apoyo –político y financiero- a la CIDH y a la Relatoría especial sobre libertad de expresión, debería incorporar en su política exterior hacia las Américas que el mejor camino para legitimar y fortalecer al sistema interamericano, sería el gesto político –entre otros por cierto- de anunciar la ratificación de la Convención Americana.

Muestra que los Estados miembros de la OEA son conscientes que estos diferentes compromisos jurídicos hacia el sistema interamericano es un problema, es el punto Octavo de la Resolución aprobada por la Asamblea general extraordinaria de la OEA el

---

<sup>221</sup> Más Cuba, que aunque en la actualidad no participa de la OEA, es comprendido por la CIDH en sus informes anuales y en actividades como las audiencias públicas.

22 de marzo del 2013, que precisamente fue convocada a propósito de la reforma de la Comisión interamericana: “Instar a los Estados miembros de la OEA a ratificar o adherir, cuando proceda, a todos los instrumentos jurídicos interamericanos sobre derechos humanos, en especial a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a aceptar, según corresponda, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio de las obligaciones que emanan de la Carta de la OEA” (Asamblea General de la OEA 2013: 2-3).

En seguimiento a esta resolución, la CIDH hizo público el 2015 el Informe “Universalización del sistema interamericano de derechos humanos”<sup>222</sup>, como una contribución de uno de los órganos del sistema a los Estados de la OEA, con estándares, consideraciones y recomendaciones sobre lo que debería hacerse para la progresiva ratificación/adhesión de la CADH y demás instrumentos del sistema interamericano, por parte de todos y cada uno de los Estados miembros de la OEA.

Sin duda, esta debilidad estructural del sistema interamericano –de plena responsabilidad política de los Estados y no de los órganos del sistema- conspira no sólo en contra, obviamente, del fortalecimiento del mismo sino también en contra de la consolidación de Estados constitucionales interamericanos como el peruano. Mientras ese aspecto no se resuelva significativamente, seguirá siendo una fuente de cuestionamientos al sistema interamericano.

Por tal razón, bien harían los Estados que sí han ratificados la Convención americana y se han sometido a la competencia de la Corte, en exigir con mayor firmeza que los otros Estados que no lo han hecho aún, lo hagan, recurriendo, por ejemplo, a resortes políticos como la no elección de ningún nacional de dichos países, como comisionado de la Comisión o juez de la Corte; otro mecanismo podría ser la conformación de comisiones multinacionales que visiten los países que aún no han ratificado la Convención, se

---

<sup>222</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universalización del sistema interamericano de derechos humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2014 (<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>). Último acceso: 19 de Enero del 2016.



reúnan con los diversos sectores del Estado y sociedad civil y emitan un diagnóstico de las razones por las que dicho Estado se resiste a ratificar dicho tratado<sup>223</sup>.

### **3.2.2. Insuficiente cumplimiento por parte de los Estados de las decisiones interamericanas**

El insuficiente cumplimiento de los informes, medidas cautelares y sentencias interamericanas, por parte de los Estados miembros de OEA, es la otra cara de la moneda del problema que hemos analizado en el punto anterior: los Estados que no han ratificado la CADH, suelen echar en falta que muchos Estados que formalmente sí lo han hecho, con frecuencia incumplan total o parcialmente los informes o medidas cautelares de la Comisión o las sentencias de la Corte.<sup>224</sup>

Sin embargo, parcialmente esta crítica también es extensible a los Estados sometidos únicamente a la competencia de la Comisión interamericana, pues en ocasiones tampoco cumplen, total o parcialmente, los informes o medidas cautelares de este órgano<sup>225</sup>.

Por tal motivo, desde hace tiempo tanto la Comisión como la Corte hacen seguimiento al cumplimiento de sus respectivas decisiones por parte de los Estados. Para ello utilizan diversas herramientas como los informes anuales o, en el caso de la Corte, las

---

<sup>223</sup> Al respecto, los puntos 5 y 6 de la “Declaración de Montevideo” suscrita en la Tercera Conferencia de Estados parte de la Convención Americana sobre derechos humanos, que tuvo lugar en Montevideo (Uruguay) el 22 de Enero del 2014, establecieron: “5. Readecuar la integración de la Comisión Especial de Ministros de Relaciones Exteriores [...] cumpla con el cometido de acercarse a los Estados que no son Parte de la Convención Americana, con miras a buscar alternativas que posibiliten la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica... debiendo proponer acciones prácticas para lograr la universalización del Sistema. 6. Profundizar, por parte de la Comisión Especial de Ministros de Relaciones Exteriores, el diálogo con los Estados Miembros de la OEA no Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a tales efectos, continuar especialmente los contactos iniciados con la Presidencia *Pro Tempore* del CARICOM con vistas a buscar alternativas para su incorporación al referido Sistema” (Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 2014). Por su parte, el punto 1 de la “Declaración de Cochabamba” suscrita en la Segunda Conferencia de Estados parte de la Convención Americana sobre los derechos humanos, que tuvo lugar en Cochabamba (Bolivia) el 14 de Mayo del 2013, acordó “Conformar la Comisión Especial de Ministros de Relaciones Exteriores, para realizar visitas a los países que no forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... A su vez, esta Comisión de Ministros organizara un Foro de Estados Parte y Estados no Parte con participación de la sociedad civil y otros actores sociales, para afianzar y promover la universalidad del Sistema” (Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 2013).

<sup>224</sup> Si bien compartimos esta crítica, la misma no es justificación para la no ratificación de la Convención ni el no sometimiento a la competencia de la Corte.

<sup>225</sup> Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, que ha incumplido gran parte de las medidas cautelares dictadas por la Comisión para que suspenda la ejecución de la pena de muerte en determinados casos.

audiencias o resoluciones de seguimiento de cumplimiento de una sentencia y, en el caso de la Comisión, las reuniones de trabajo de seguimiento de cumplimiento de obligaciones de los Estados.

En el caso de la Comisión, en su Informe anual 2014 recuerda que:

En varias ocasiones, la Asamblea General de la OEA ha alentado a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como lo hizo mediante su resolución AG/RES. 2672 (XLI-O/11) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutivo 3.b). Asimismo, la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) sobre Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutivo 3.d). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015: párr. 46)

En dicho informe la Comisión da cuenta del cumplimiento, total o parcial, y del incumplimiento de informes de fondo de los últimos once (11) años. De 193 casos, los Estados han dado cumplimiento total sólo en 42 casos (21.7%), mientras que en 27 casos (10.88%) la Comisión da cuenta que los Estados no han cumplido en absoluto los informes respectivos. En el medio de esta data, están los 124 casos (67.42%) que la Comisión consigna que los Estados han dado cumplimiento sólo parcial, sin que sea posible distinguir si es un acatamiento considerable del informe o si es un acatamiento mínimo del mismo (2015: párr. 50).

En el caso de la Corte interamericana, en su Informe anual 2014 se señala que:

La Corte finalizó el año 2014 con 158 casos contenciosos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia. En cada sentencia se ordenan múltiples medidas de reparación. Tanto el número de reparaciones ordenadas, como su naturaleza y complejidad de cumplimiento impacta en el tiempo que un caso puede estar en la etapa de supervisión de cumplimiento. Para que la Corte pueda archivar un caso requiere que el Estado haya cumplido con todas y cada una de las medidas de reparación. Una parte de esos 158 casos, que se encuentra en esta etapa, tiene pendiente el cumplimiento de una solamente medida de reparación, mientras que otros tienen pendiente el

cumplimiento de múltiples reparaciones. Es por ello que, a pesar de que en muchos casos se ha procedido al cumplimiento de gran parte de las medidas de reparación, la Corte mantiene abierta la supervisión de los casos hasta que considera que se ha producido un total y cabal cumplimiento de la sentencia. (2015: 74)<sup>226</sup>

Es decir, la Corte interamericana también da cuenta que en 158 casos ya resueltos, no archiva los mismos porque aún están pendientes de cumplimiento al menos una medida de reparación. Por tal motivo, desde hace algunos años la Corte ha abierto la posibilidad de celebrar audiencias de seguimiento del cumplimiento de sus sentencias, que sin duda ha devenido en una herramienta útil a favor de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.<sup>227</sup>

Como la misma Corte da cuenta, esta supervisión del cumplimiento de sentencias se ha convertido en una creciente carga de trabajo en su función jurisdiccional, dado el incremento del número de casos que resuelve y, paralelamente, el escaso nivel de cumplimiento total de las sentencias por parte de los Estados, lo que obliga a la Corte a mantener abierto un caso:

La supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte se ha convertido en una de las actividades más demandantes del Tribunal, pues cada año se incrementan considerablemente el número de casos activos en cada uno de los cuales la Corte da un seguimiento detallado y puntual a cada una de las reparaciones ordenadas. La Corte Interamericana realizó ocho audiencias privadas de supervisión de cumplimiento, todo ello con el propósito de recibir del Estado involucrado información actualizada y detallada sobre el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas y de escuchar las observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana. (2015: 35)

Por su parte, con o sin audiencia, la Corte también suele emitir resoluciones de seguimiento, que son notificadas al Estado, a las víctimas y a la Comisión. Según su informe anual del 2014, ese año emitió siete (07) resoluciones de seguimiento (2015: 36).

---

<sup>226</sup> Subrayado nuestro.

<sup>227</sup> Por ejemplo, una de las resoluciones de la Corte interamericana que comentamos en extenso en el capítulo 2 de la presente tesis, se emitió luego de una audiencia de seguimiento de cumplimiento de sentencia en el caso Barrios Altos contra Perú, el año 2012.

Estos informes oficiales de la Comisión y de la Corte sobre las medidas adoptadas para dar seguimiento al cumplimiento de sus decisiones por parte de los Estados, revelan que el insuficiente cumplimiento total o parcial es un serio problema y otra debilidad del sistema interamericano. Al respecto, en el 2010 la Revista “Sur” publicó un interesante estudio, dirigido por Fernando Bash, sobre el nivel de cumplimiento de todas los remedios dispuestos en informes o sentencias emitidos por la Comisión y la Corte, respectivamente, publicadas entre el 1º de junio del 2001 y el 30 de Junio del 2006 (esto es, un periodo de cinco años), que concluyó que “la mitad de estos remedios se encuentran incumplidos. Asimismo, sólo el 36% de los remedios relevados se ha cumplido en forma total, mientras que el 14% se ha cumplido parcialmente” (2010: 18)

Un sistema de protección internacional de derechos humanos, cuyos “remedios” (medidas de reparación o de prevención) son incumplidos en un 50% por los Estados y que sólo un poco más de un tercio (36%) si han sido cumplidos en su totalidad, revela un debilidad estructural del sistema interamericano que debe ser atacada no sólo por parte de la Comisión y la Corte –que precisamente han implementado en los últimos años diversas medidas de seguimiento-, sino sobre todo por parte de los propios Estados, tanto con decisiones jurisdiccionales de los tribunales nacionales, como con decisiones políticas de acatamiento de las decisiones de ambos órganos del sistema, así critiquen o discrepen de las mismas.

En la actualidad resulta absolutamente insuficiente los mecanismos previstos en el artículo 65º de la Convención americana<sup>228</sup> para que la Corte informe a la Asamblea General de la OEA los Estados que no estén dando cumplimiento a sus fallos y en el artículo 90.f) de la Carta de la OEA<sup>229</sup> para que el Consejo Permanente de dicho organismo de seguimiento y, en cierta manera, solicite a los Estados que den

---

<sup>228</sup> “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

<sup>229</sup> “Corresponde también al Consejo Permanente: [...] Considerar los informes del Consejo Interamericano para el desarrollo integral, del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Secretaría General, de los organismos y conferencias especializados y de los demás órganos y entidades, y presentar a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime del caso”.

cumplimiento a las decisiones de Comisión y Corte interamericanas.<sup>230</sup> En consecuencia, se requiere también una mejor labor política y diplomática de los Estados para que sus pares den cumplimiento a tales decisiones.

Esta debilidad es tan seria como la anterior de insuficiente universalización del sistema. Tan grave es que los Estados miembros no asuman similares compromisos jurídicos en el sistema interamericano, como que incumplan las decisiones que dicho sistema adopta. Tómese en cuenta, además, que el sistema interamericano no cuenta con mecanismos coercitivos realmente inhibitorios de tal incumplimiento, con lo cual, el acatamiento de sus decisiones dependerá fundamentalmente de la voluntad de los Estados de hacerlo y, complementariamente, de la presión de parte de la comunidad internacional para hacerlo.

### **3.2.3. Demagogia presupuestal interamericana**

El sistema interamericano padece de una endémica escasez de recursos financieros, a pesar que ahora es víctima de su propio éxito; esto es, conforme ha ido creciendo su relevancia en la promoción y defensa de los derechos humanos y la democracia en el continente americano, ha ido creciendo también el número de peticionarios, así como las “nuevas” violaciones de derechos humanos (temas ambientales, seguridad ciudadana, problemas penitenciarios, derechos económicos, sociales y culturales, entre otros).

Al respecto, Víctor Abramovich sostiene que:

[L]uego de procesos complicados de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales, y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos, culturales y civiles [...] No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos masivamente, sino de Estados con autoridades electas

---

<sup>230</sup> En cambio, en el caso del sistema europeo de derechos humanos “Otro aspecto del Convenio reviste extraordinaria importancia, a efectos de asegurar su efectiva vigencia: la encomienda a un órgano específico del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, de la tarea (entre otras) de velar por el cumplimiento por los Estados miembros de las decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (López 2015: 60).

legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes ni se aseguran mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas judiciales. (2009: 106)

Pese a ese significativo incremento de la carga procesal tanto de la Comisión como de la Corte, hasta la fecha ni la OEA ni los Estados miembros les proporcionan los recursos financieros que necesitan. No ha habido la voluntad política para traducir en los hechos la declarada intención de apoyo presupuestal expresada oficialmente por los Estados miembros; el contraste entre el discurso y la realidad no hacen sino revelar que estamos frente a una demagogia presupuestal, tal como veremos enseguida.

El 29 de Junio del 2011 el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (la OEA) acordó la conformación de un “Grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos”, que dio inicio a un largo proceso de reforma de la Comisión del que daremos cuenta más adelante en el presente capítulo.

Este Grupo de trabajo emitió un informe final en el que formuló un conjunto de recomendaciones a los Estados, a la OEA y a la propia Comisión. En cuanto a la necesidad de mayores recursos financieros para los órganos del sistema interamericano, dicho informe reconoció que la escasez financiera es un problema transversal que condiciona gran parte de los otros problemas del sistema: “el Grupo de Trabajo observó que el adecuado financiamiento de los órganos del SIDH es un reto que incide de forma transversal en todos los demás” (Consejo Permanente de la OEA 2011: 10).

Consecuencia de lo anterior, dicho informe ratificó que poner en práctica gran parte de sus recomendaciones pasaba, necesariamente, por resolver el problema financiero del SIDH: “se enfatizó que también mediante una asignación adecuada de recursos se pueden perfeccionar aspectos del funcionamiento de los órganos y se puede asegurar la predictibilidad, sustentabilidad y planeación de sus actividades y prioridades. El Grupo de Trabajo reconoció que algunas de las recomendaciones enunciadas anteriormente requieren de la adecuada financiación para ponerlas en práctica” (Consejo Permanente de la OEA 2011: 17).

Para el informe citado –elaborado por representantes de los Estados y de la Secretaría General de la OEA-, el incremento de los recursos financieros debían provenir de los propios Estados miembros y de la OEA: “[e]l Grupo de Trabajo reconoció que es responsabilidad principal de los Estados Miembros dotar de recursos suficientes a los órganos del SIDH, los cuales deben provenir principalmente del presupuesto regular de la Organización de los Estados Americanos” (Consejo Permanente de la OEA 2011: 17).

Por su parte, la Resolución aprobada por la Asamblea General extraordinaria que tuvo lugar en Washington el 22 de marzo del 2013 –y con la cual culminó el proceso de reflexión y reforma iniciado el 2011-, ratificó –una vez más- el compromiso de los Estados miembros para el debido y pleno financiamiento de los órganos del sistema interamericano (SIDH):

5. Reafirmar su compromiso de lograr el pleno financiamiento del SIDH a través del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sin que ello vaya en detrimento del financiamiento para los otros mandatos de la Organización. Mientras se alcanza ese compromiso, invitar a los Estados Miembros, a los Estados Observadores y a otras instituciones a que continúen realizando contribuciones voluntarias en el marco de los Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2015 y del Plan Estratégico de la CIDH 2011-2015, preferentemente sin fines específicos. (Asamblea General de la OEA: 2)

Sin embargo, pese a la claridad de estos pronunciamientos oficiales en el seno de la OEA, pocos años después de aprobados los mismos<sup>231</sup> tanto la Comisión como la Corte interamericanas siguen padeciendo de escasez de recursos financieros provenientes del presupuesto regular de la OEA y, por ende, siguen estando en la necesidad de solicitar a Estados y cooperación internacional, aportes voluntarios y donaciones que les permitan cubrir sus respectivos presupuestos y así seguir operando. Es decir, persiste una gran distancia entre el discurso y la realidad presupuestal.

---

<sup>231</sup> El Informe Final del Grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión interamericana para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos, fue aprobado por la Asamblea General ordinaria de la OEA llevada a cabo en Cochabamba (Bolivia) en Junio del 2012.

En el caso de la Comisión interamericana, en su Informe anual 2014 da cuenta que su presupuesto total fue de 9'373,700 dólares americanos y que dicho monto, 4'985,400 dólares americano provinieron de aportes voluntarios de Estados y donaciones de cooperación internacional, en tanto sólo 4'388,300 dólares americanos provinieron del presupuesto regular de la OEA. Ello significa que el 53% de los recursos que requirió la Comisión para su funcionamiento provinieron de aportes voluntarios y donaciones y sólo el 47% provinieron del presupuesto regular de la OEA (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015: 760)<sup>232</sup>.

Ante esta situación, en el referido informe la Comisión interamericana explicita que no le queda otra salida que buscar fondos de la cooperación internacional o aportes voluntarios de los Estados:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos está diversificando su búsqueda de financiamiento debido a la reducción y reorientación hacia otras regiones de la cooperación internacional. En primer lugar, se busca el aumento de los aportes de los Estados miembros de la OEA. Segundo, acudir a nuevos financiamientos provenientes de fundaciones y/o instituciones de que no comprometan la independencia de la CIDH. Finalmente, participar en convocatorias públicas, aunque teniendo en cuenta que la mayoría se dirige a la sociedad civil y no a organizaciones intergubernamentales como la OEA. (2015: 760)

En el caso de la Corte interamericana, en el Informe anual 2014 da cuenta que su presupuesto total durante ese año fue de US\$ 5'301,567.47 dólares americanos, de los cuales, US\$ 2'885,811.85 dólares americanos correspondieron a contribuciones voluntarias y donaciones (2015: 79-81).<sup>233</sup> Así, el 52% de los recursos que requirió la Corte para su funcionamiento provinieron de aportes voluntarios y donaciones, mientras

---

<sup>232</sup> Inclusive, en este informe la Comisión da cuenta que la OEA no cumplió con transferir todos los recursos que habían sido aprobados, con una diferencia de algo más de medio millón de dólares americanos: "Para el periodo fiscal 2014, la Asamblea General aprobó un presupuesto a la CIDH de \$5,354.300 [...] una vez tomando en consideración el factor de congelamiento de puestos, el monto neto proporcionado a la CIDH es significativamente inferior al aprobado, con una diferencia de más de \$500.000" (2015: 758).

<sup>233</sup> Cabe mencionar que inclusive los aportes voluntarios a los que algunos Estados se comprometieron, no son honrados en su totalidad, según da cuenta el Informe anual 2014 de la Corte: "[d]urante la Asamblea General de la OEA en Asunción, Paraguay, Ecuador anunció la donación de US\$1,000.000. Al cierre del 2014 el Gobierno de Ecuador, a través de la Misión Permanente de OEA entregó la cantidad de: US\$333.333,33" (2015: 80).



que tan sólo el 48% provinieron del presupuesto regular de la OEA, según se da cuenta en el referido Informe anual 2014 (Corte interamericana de derechos humanos: 2015, p. 81)

Ante esta situación, la Corte afirma con gran preocupación que:

[A]ño tras año, se ve compelida a realizar una compleja y extenuante búsqueda de fondos que son esenciales para su funcionamiento regular [...] esta anómala situación puede poner en riesgo su estabilidad presupuestaria e institucional, al tener ésta que depender no sólo de la voluntad, sino de las eventuales posibilidades económicas de terceros Estados, algunos de ellos ajenos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De no existir estas contribuciones voluntarias, la Corte Interamericana tendría inevitablemente que reducir drásticamente sus actividades jurisdiccionales, minando de manera irreversible la protección de los derechos humanos en las Américas. (2015: 81)

Por tal motivo, “la Corte subraya la importancia de que sus fondos provengan, en su gran mayoría, del presupuesto de la OEA, animando a los Estados miembros de la OEA a que consideren la posibilidad de aumentar la partida de recursos ordinarios destinados a esta institución” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015: 81).

Coincidimos que los recursos de la Comisión y Corte deberían provenir totalmente del presupuesto regular de la OEA. También coincidimos que la estrechez financiera está vinculada a algunas deficiencias en el funcionamiento de ambos órganos (como, por ejemplo, el reclamo de mayor celeridad a la Comisión en la tramitación de las peticiones).

Sin embargo, queremos agregar que esta demanda justificada de más recursos financieros por parte de los órganos del sistema interamericano “—como en el caso de las reformas judiciales en América Latina— es obvio que deben ir acompañadas, también, de mayor transparencia y eficiencia en el uso de los recursos” (Lovatón 2013: 63).

Al respecto, como ya hemos señalado antes:

[D]e lo que se trata es que el incremento de los recursos que se destinen al SIDH, se asiente sobre un trípode de Suficiencia-Eficiencia-Transparencia, que no sólo hará más

eficiente al sistema, sino que además elevará su legitimidad ante los usuarios y los Estados miembros. Así como está demostrado empíricamente que para la reforma y mejora de los sistemas judiciales nacionales no bastan más recursos, en forma similar el incremento de recursos no sería suficiente para perfeccionar el SIDH sino va acompañado de medidas para mejorar también la eficiencia y la transparencia en el uso de tales recursos. (Lovatón 2013: 63)

Finalmente, tal como ya hemos adelantado, es notoria la distancia entre el discurso y la realidad presupuestal del sistema interamericano, esto es, entre los pronunciamientos oficiales de la OEA y los recursos financieros que efectivamente destinan a la Comisión y Corte. Por ello, en un informe del 2012 la Comisión interamericana recordó que:

[L]a Comisión observa que cinco de las 14 recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros por el Grupo de Trabajo Especial giran en torno al incremento de recursos que debe hacerse efectivo para la CIDH [...] La Comisión aprecia este desarrollo y solicita su implementación inmediata; declaraciones similares han sido incluidas en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA por siete años consecutivos sin que se produzca un incremento significativo en los recursos disponibles del Fondo Regular de la OEA. (2012b: 11-12) <sup>234</sup>

### 3.2.4. Vínculo entre precariedad judicial y subsidiariedad interamericana

Todos los actores han ratificado el carácter subsidiario del sistema interamericano en relación a los sistemas nacionales de justicia, en el sentido que sólo intervendrá en caso que las víctimas no encuentran protección a la vulneración de sus derechos en el ámbito nacional.

Sin embargo, esta conclusión debe ser complementada con otro elemento de juicio: la precariedad de nuestros sistemas de justicia nacionales, que –en ocasiones ya no por voluntad política sino por debilidades estructurales- no logran investigar, juzgar y condenar graves violaciones de derechos humanos dentro de un plazo razonable y que es lo que, finalmente, empuja a que un sistema de justicia subsidiario como el interamericano, adquiera mayor protagonismo para proteger los derechos humanos consagrados en el *corpus iuris* interamericano.

---

<sup>234</sup> Subrayado nuestro.

Por ello, consideramos que existe la siguiente relación proporcional entre los sistemas de justicia nacionales y el sistema interamericano: a mayor debilidad y precariedad de los primeros, mayor necesidad de intervención por parte del SIDH. A la inversa, conforme los sistemas de justicia nacionales se vayan consolidando y legitimando en sus respectivas sociedades, la intervención del sistema interamericano tenderá a reducirse, dado el carácter subsidiario del SIDH.

Un aspecto importante de la consolidación de los sistemas de justicia nacionales, no sólo será su eficacia y legitimidad en casos de graves violaciones de derechos humanos,<sup>235</sup> sino también que vayan incorporando en las decisiones de las altas Cortes y en las decisiones de los otros Poderes del Estado y de los órganos constitucionales autónomos, los estándares establecidos por la CIDH y la Corte<sup>236</sup>.

Informe Final del GT, en el sentido que reafirma el rol subsidiario del SIDH respecto a los sistemas nacionales de justicia:

El Grupo de Trabajo reconoció que la promoción y protección de los derechos humanos en el continente es una responsabilidad primaria de los Estados Miembros, resaltando la función complementaria o subsidiaria del SIDH, según sea el caso, con los esfuerzos nacionales. Se consideró que sólo mediante la asociación y colaboración entre todos los actores del SIDH puede avanzarse hacia una verdadera cultura de respeto de los derechos fundamentales en la región. (Consejo Permanente de la OEA 2011: 8)

### **3.3. ALGUNAS LECCIONES DEL PROCESO DE REFORMA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA (2011-2013)<sup>237</sup>**

Si bien el propósito oficialmente declarado de todos los Estados miembros y de los órganos políticos de la OEA durante este extenso proceso de reforma de la Comisión interamericana (2011-2013), siempre fue lograr su fortalecimiento, el contexto político

<sup>235</sup> Como lo demuestra en el caso del Perú en el proceso judicial que investigó y finalmente condenó al ex Presidente Alberto Fujimori por graves violaciones de derechos humanos.

<sup>236</sup> “[S]i se definiera como estrategia de acción regional una mejora en la aplicación interna de los estándares internacionales, en el acceso a la justicia y en la existencia y disponibilidad de recursos judiciales idóneos y efectivos en los Estados, se afianzaría el carácter subsidiario del sistema, a la vez que se garantizaría la vigencia cotidiana de los derechos al interior de los Estados” (Instituto de Defensa Legal: 2011, p. 6).

<sup>237</sup> Este subcapítulo es la actualización de una publicación anterior del autor (Lovatón 2013).

en el que se formularon algunas propuestas o cuestionamientos al funcionamiento de la Comisión, parecieron ir en sentido contrario, esto es, dirigidas a debilitar o neutralizar ciertas funciones de la CIDH.<sup>238 239</sup>

Así, en el caso concreto de este último episodio reformador:

[Q]ue comenzó el año 2011 en el seno del Grupo de Trabajo (GT) creado por el Consejo Permanente y que ha culminado en marzo del 2013 en la Asamblea General extraordinaria de la OEA llevada a cabo en Washington DC, las declaraciones o intervenciones públicas de algunos Jefes de Estado del continente, de varios actores (representantes diplomáticos e incluso el propio Secretario General de la OEA), reflejaron una posición crítica ante la CIDH y la necesidad de limitar –no necesariamente fortalecer– algunas de sus funciones. (Lovatón 2013: 7)

En este mismo sentido, Ariel Dulitsky afirmaba en torno a este proceso de reforma en referencia que “[a]unque muchas veces se suele utilizar indistintamente los términos evaluación, reforma, perfeccionamiento o fortalecimiento, estos tienen significados y

---

<sup>238</sup> En el caso del Estado peruano, en el marco de este proceso de reforma reaccionó duramente cuando la CIDH lo demandó ante la Corte interamericana de derechos humanos en el caso “Chavín de Huántar” por la supuesta ejecución extrajudicial de tres emerretistas rendidos luego del operativo militar de rescate de los rehenes que el grupo terrorista MRTA mantenía secuestrados en la casa del Embajador del Japón en Lima. En ese momento, el entonces Ministro de Justicia, Juan Jiménez Mayor, anunció que el Perú plantearía ante la OEA la reestructuración de las competencias de la Comisión: “[n]o es objetivo del Gobierno el retiro del Perú del Sistema Interamericano, lo que se está planteando aquí es el pedido de reestructuración de competencia de la Comisión Interamericana. Ese es el punto, queremos debatir como Estado ante foros internacionales y ante la propia Asamblea General de la OEA” (Perú.21 2011). Con posterioridad, el Estado peruano abandonó esta actitud tan crítica contra la CIDH y la entonces Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Eda Rivas, expresó respaldo a la Comisión en el periodo de sesiones que tuvo lugar en Washington DC en marzo del 2013.

<sup>239</sup> En el caso del Gobierno venezolano, en ese contexto financió un documento titulado La Comisión y la Corte Interamericanas y sus ataques contra Venezuela, en el que se intenta demostrar “la visión del mundo liberal y eurocéntrica” que inspiran a los órganos del SIDH. Por su lado, el Presidente del Ecuador, Rafael Correa, en la primera Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), llevada a cabo en Caracas (Venezuela) el 2 y 3 de diciembre del 2011, afirmó que “es claro que necesitamos un nuevo sistema interamericano [...] La OEA ha sido históricamente capturada por los intereses y visiones norteamericanas” y, en el caso específico de la Relatoría especial de Libertad de Expresión sostuvo que: “en otra contradicción, la relatoría financiada por la Unión Europea y Estados Unidos [...] la primera ni siquiera es parte del sistema interamericano y el segundo es un país que no reconoce la Convención [...] no sé cómo no se han detectado estas barbaridades anteriormente. Estados Unidos no reconoce a la Convención americana de derechos humanos pero financia a la relatoría de libertad de expresión para que controle a los demás, no a ellos” (Correa: 2012).

propósitos muy diferentes y parten de posiciones diferenciadas frente al valor actual” (2012:11).

Estos procesos de reforma de la Comisión tienen larga data. El marco normativo y el funcionamiento de la CIDH han sido objeto de continuo análisis y propuestas de reforma; en 1996 se produjeron discusiones para el perfeccionamiento de la CIDH y el sistema interamericano en general (Trinidad 2003b: 15). Algunas de las propuestas de reforma culminaron en modificaciones reglamentarias concretas y otras quedaron en meros intentos: “[a] lo largo de su historia, los órganos del SIDH y otros actores interesados en garantizar la tutela regional de los derechos fundamentales, han ido respondiendo a diversos desafíos planteados por Estados de la región bajo gobiernos de distinto signo político, los cuales han cuestionado en diferentes coyunturas, su efectividad, su independencia, su autonomía, los criterios de acción y la obligatoriedad de sus decisiones, entre otros aspectos” (Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas 2012).

Pese a que las condiciones políticas en las que se han producido estos procesos de reforma han estado lejos de ser auspiciosas, se ha desarrollado una reflexión constante sobre el particular, habiendo sido el más reciente el que concluyó con la modificación del Reglamento de la CIDH en marzo del 2013, que fue avalada por la Asamblea General extraordinaria que tuvo lugar en Washington DC.

Cabe mencionar que en este proceso de reforma de la Comisión que estamos comentando, muchos de los contenidos y propuestas de los Estados miembros no eran nuevos sino que ya habían sido planteados con anterioridad en procesos similares. Sobre el particular, cabe recordar que “el proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH, se abre [abrió] a tan solo dos años de la adopción por parte de los órganos del SIDH de las reformas a sus Reglamentos” (Coalición internacional de organizaciones por los derechos humanos en las Américas: 2012), modificaciones que fueron realizadas en diciembre del 2009 (Lovatón 2013: 13).

Otro aspecto que llama a reflexión de este proceso de reforma, fue la insistencia –por parte de algunos Estados- en propuestas redundantes o de poca relevancia, que ocasionaron:

[Q]ue propuestas [...] relevantes, e incluso urgentes como es el tema del financiamiento para la CIDH, queden silenciadas o relegadas a un segundo plano y que, a la vez, se pierda la importante oportunidad de diálogo [...] Algunos de los grandes temas están ausentes o reducidos a afirmaciones tangenciales [...] Nos referimos, por ejemplo, a elevar sustancialmente los niveles de cumplimiento de las decisiones del SIDH por parte de los propios Estados miembros. (Lovatón 2013: 14)

Un debate jurídico muy interesante y en el que se jugaba la autonomía de la Comisión interamericana, fue el que se produjo en torno a la interpretación del artículo 39° de la Convención Americana: “La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su propio Reglamento”.

Como se sabe, orgánicamente la Comisión interamericana se rige básicamente por tres instrumentos: la Convención Americana, su Estatuto y su Reglamento. Modificar la Convención no es imposible pero es sumamente complejo. En el otro extremo, la modificación del Reglamento es una potestad exclusiva del pleno de la Comisión. En consecuencia, la reforma del Estatuto de la Comisión era el único camino jurídico que atisbaron algunos Estados para imponer reformas a la Comisión en contra de su voluntad. Una de las justificaciones políticas que esgrimieron para plantear la reforma estatutaria, fue el cambio de sede de la Comisión a un Estado que si hubiese ratificado la Convención, que no es el caso de los Estados Unidos.

Ante ello, diversas organizaciones de sociedad civil y académicos del continente, alertaron del riesgo de abrir el Estatuto y que los Estados impusieran algunas reformas – más allá del cambio de sede- que afectarían la autonomía de la Comisión. El entonces Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, que inicialmente se había mostrado a favor de la reforma estatutaria sin el consentimiento previo de la Comisión, se pronunció contrario a la misma:

[T]odo lo que yo he dicho [...] es que se vea la posibilidad de que propuesto por la Comisión la Asamblea General pueda aprobar el Estatuto donde estén las medidas cautelares. Ahora bien si se considera que eso es un riesgo, que eso es terrible, que eso no puede ser, está bien. Pero yo no he pretendido en caso alguno saltarme la CIDH [...] Mi intención es darle certeza al sistema, en ningún caso debilitarlo [...] Mi informe voy a presentarlo ante la Asamblea y naturalmente voy a dejar algo bien claro y es que

quien propone las reformas al Estatuto es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Insulza 2012)

Sobre el particular, en ese momento circuló el informe jurídico *Los Límites Jurídicos a las Reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH)*, suscrito por más de 130 juristas del continente americano, que se pronuncian en el sentido que el artículo 39° de la Convención debe ser interpretado que la reforma estatutaria de la Comisión requiere previa propuesta, solicitud o consentimiento expreso de la misma.

De esta manera, dicho informe señaló que:

[E]n base a una adecuada interpretación histórica y sistemática de la Convención, se desprende que este instrumento reserva la posibilidad de modificación del Estatuto de la CIDH a la Asamblea General de la OEA, pero sobre la base de propuestas modificaciones presentadas por la propia Comisión. Al revisar los antecedentes y los trabajos preparatorios de la CADH, es decir la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, se observó – que contra la voluntad de los juristas que preparaban dicho tratado – el proyecto texto del artículo 39, que hoy sirve para sostener que la Asamblea General de la OEA puede modificar por sí misma el Estatuto de la CIDH, se dejó constancia en actas que ante el temor que las modificaciones introducidas por la Asamblea General pudieran desnaturalizar sustancialmente la CIDH, estas modificaciones deberían limitarse a aspectos meramente administrativos. (Lovatón 2013: 27-28)

Dicho Informe jurídico también destacó “la necesidad de una lectura sistemática del artículo 39 de la CADH y el Estatuto de la CIDH. Pues en ellos se reitera que es la CIDH el órgano facultado para presentar modificaciones a su propio Estatuto (que naturalmente deben ser aprobadas por la Asamblea General)” (Lovatón 2013: 28).

Finalmente, cabe destacar que a pesar que el proceso de reforma de la Comisión concluyó en marzo del 2013 con una Asamblea General extraordinaria de la OEA, que respaldó la reforma reglamentaria que autónomamente ya había aprobado el pleno de la Comisión, algunos Estados insisten en mantener abierta la posibilidad de una nueva reforma de la CIDH. Para ello se basan en el punto dos de la Resolución aprobada por la referida Asamblea general extraordinaria de la OEA: “mandatar [sic] al Consejo

Permanente continuar el diálogo sobre los aspectos fundamentales para el fortalecimiento del SIDH, teniendo en cuenta todos los aportes realizados por los Estados Miembros, los órganos del SIDH y la sociedad civil a lo largo del proceso de reflexión” (2013: 2).

En nuestra opinión, ningún órgano internacional como la Comisión o la Corte, puede ser sometido a una suerte de reforma permanente o reforma eterna; en algún momento debe haber un punto final de un proceso determinado, permitir al órgano en cuestión implementar las reformas aprobadas y evaluar la eficacia o no de las mismas en un periodo de tiempo. De lo contrario, una reforma *ad eternum* no es sino una estrategia más dirigida más bien a mantener ocupada y distraída a la Comisión respecto a su labor central: la promoción y defensa de los derechos humanos en la región.

Como ya hemos señalado:

Si bien la Comisión seguirá requiriendo a futuro de nuevas mejoras y ajustes, las mismas tienen que ser periódicas y no permanentes; de lo contrario, corremos el riesgo de distraer a la CIDH de su propósito principal [...] Por ende, bien harían la mayor parte de los Estados partes –incluyendo el Perú– en dejar sentado que el momento de esta reforma ya concluyó –al menos por un tiempo– y que ahora toca implementar la reforma aprobada y seguir fortaleciendo a la Comisión. (Lovatón 2013: 71-72)



## CONCLUSIONES

1. La presente investigación la iniciamos –entre otras razones- ante la percepción que dos áreas del derecho que no solían dialogar e interactuar con frecuencia en América Latina –como el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos-, lo comenzaron a hacer en forma creciente desde hace una década aproximadamente, no sólo en espacios académicos, sino también en el ámbito interamericano, teniendo como bisagra las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte interamericanas. Realizada la presente investigación, podemos confirmar que esa recíproca influencia e interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, es una realidad no sólo académica sino también jurisprudencial. Cada vez más nuestros tribunales nacionales incorporan en sus argumentaciones el derecho internacional de los derechos humanos y, especial, el derecho interamericano. A su vez, las decisiones de la Comisión y la Corte se han visto cada vez más influenciadas por la jurisprudencia de las altas cortes nacionales.
2. De esta manera, se ha ido gestando un *corpus iuris* interamericano, esto es, un auténtico derecho interamericano que se ha posicionado como un piso mínimo común de derechos fundamentales en América Latina y que sin duda ha influido en el derecho interno y en especial, en el derecho constitucional. Al respecto, hay una corriente de pensamiento liderada por el profesor alemán Armin von Bogdandy, que caracteriza este derecho común como *ius constitutionale commune*, perspectiva que hemos compartido en la presente investigación pero que seguramente seguirá siendo materia de debate académico.
3. En este marco, la tesis central de la presente investigación es que podemos afirmar que en el Perú asistimos a la gestación de un Estado constitucional interamericano, paradigma que ciertamente no se distancia sino que viene a complementar el de Estado constitucional en dos sentidos. Por un lado, que el Estado nacional se reposiciona en un nuevo contexto interamericano, en el que el derecho nacional e internacional interactúan constantemente, inclusive para aplicar el derecho interamericano en sede nacional (control de convencionalidad). El Estado nacional

no se debilita sino que adquiere nuevos roles y obligaciones internacionales que no hacen sino contribuir a la vigencia efectiva de los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas.

4. Por otro lado, que la tutela de los derechos fundamentales no sólo debe buscarse en el ámbito doméstico sino también –aunque subsidiariamente- en el de la Comisión y Corte interamericanas. De esta manera, las perspectivas de desarrollo y tutela de los derechos fundamentales en el Estado constitucional se amplían y tienen ahora una nueva frontera de protección en el derecho interamericano y dos órganos (Comisión y Corte) que –pese a las críticas y limitaciones- en perspectiva han jugado un papel muy importante en los últimos 50 años.
5. ¿Podríamos afirmar que este proceso de gestación de un Estado constitucional interamericano también se viene dando en otros países del continente americano? Es una interrogante que desborda los contornos de la presente investigación centrada en el Perú y que merecería una investigación de alcance regional y carácter comparado. Sin embargo, dos afirmaciones podemos hacer a esta altura. Primero, que este proceso es propio de los países de América Latina de *civil law* y no alcanza –al menos por el momento- a países de América del norte y el Caribe de *common law*. Segundo, que se notan indicios que en otros países latinoamericanos también se vienen dando estos procesos de gestación, ciertamente cada uno con sus ritmos y peculiaridades. Es el caso, creemos, de México, Colombia, Ecuador, Chile, Brasil, Argentina y Uruguay.
6. Partiendo de esta valoración positiva de la gestación del Estado constitucional interamericano en el Perú, a la vez somos plenamente conscientes de la fragilidad de este proceso. Pese a sus virtudes y logros, el sistema interamericano de derechos humanos aún adolece de debilidades estructurales que, de no ser resueltas al menos parcialmente, pueden hacer retroceder, paralizar o hasta fracasar al sistema. Nos referimos en especial a la falta de universalidad del sistema, el alto nivel de incumplimiento de las decisiones de la Comisión y Corte, la sempiterna escasez de recursos financieros y la vinculación entre fragilidad judicial nacional y protagonismo interamericano. En relación a esta última debilidad estructural

señalada, si bien el sistema interamericano está llamado a ser subsidiario a los sistemas nacionales de justicia, en ocasiones no le queda otra opción que cumplir un papel más protagónico ante la desprotección absoluta de derechos en sede nacional.

7. De esta manera, consideramos que en tanto la tutela de los derechos fundamentales mejore en sede nacional a través del control de convencionalidad y otros mecanismos, se podría ir generando una suerte de círculo virtuoso conforme al cual el sistema interamericano ya no se vería inundado de peticiones y casos, podría resolverlos en plazos más breves que los actuales, en el caso de la Comisión podría potenciar su labor de promoción y de mediación (soluciones amistosas por ejemplo) y en el caso de la Corte podría articularse más y mejor con los tribunales nacionales. Todo lo cual sería otra fuente más de legitimidad y fortalecimiento del sistema y así sucesivamente.
8. Estas debilidades estructurales del sistema interamericano son mucho más preocupantes si tomamos en cuenta que la Organización de Estados Americanos (OEA) –institucionalidad internacional que cobija a la Comisión y la Corte–, también adolece de serios problemas de legitimidad y de financiamiento. Por lo demás, los Estados miembros de la OEA nunca han pretendido que la misma sea un espacio de integración regional –como la Unión Europea en el viejo continente–, sino tan sólo un espacio de cooperación y diálogo. Muy por el contrario, hasta ahora todos los esfuerzos de integración han sido sub-regionales en nuestro continente.
9. En ese sentido, consideramos que son mucho más meritorios aún los logros alcanzados por el sistema interamericano de derechos humanos, que no ha tenido como atmósfera institucional un escenario de integración regional como el europeo sino, en ocasiones, tensiones y recelos hemisféricos que se han traducido, entre otras cosas, en la percepción por parte de algunos Estados que los órganos interamericanos –supuestamente– no los miden por igual. Un último capítulo de estos cuestionamientos al sistema interamericano se vivió a propósito del último proceso de reforma de la Comisión interamericana entre los años 2011 y 2013.

10. Esta diferencia central de las respectivas atmósferas institucionales en las que surgieron y se desarrollaron el sistema interamericano y el sistema europeo de derechos humanos, ha sido un referente obligado a lo largo de la presente investigación, en especial al evaluar la aplicación en el ámbito interamericano, de interesantes nociones o conceptos surgidos en el derecho comunitario europeo como el diálogo judicial, el margen de apreciación, el constitucionalismo multinivel, entre otros. A diferencia de Europa, el sistema interamericano no se ha desarrollado en una membrana institucional de integración regional, por lo cual, hay que tener cuidado al trasladar nociones que, por novedosas y sugerentes, pueden terminar por no reflejar nuestra verdadera realidad.
11. ¿Cómo se ha concretado la centralidad de los derechos fundamentales en este proceso de interamericanización del Estado constitucional en el Perú? Para nosotros hay dos aspectos que han sido claves en este proceso, sin perjuicio de otros. Primero es la erección de la persona humana como sujeto de derecho a partir de su irrupción como parte en el proceso ante la Corte interamericana, una vez que la Comisión ha abierto esa vía por supuesto. Segundo, el asentamiento del control de convencionalidad en sede nacional que, con todos los aspectos aún por afinar o desarrollar, sin duda ha constituido una valiosa herramienta en este proceso de interamericanización del Estado constitucional en nuestro país. Cabe precisar, sin embargo, que el control de convencionalidad no es la única concreción de la influencia del derecho interamericano en el ordenamiento nacional.
12. Ciertamente, somos plenamente conscientes de las reflexiones críticas que se han hecho sobre la figura del control de convencionalidad en los últimos años, en torno al efecto *erga omnes* –o no- de las decisiones de los órganos interamericanos, a la diferencia –o no- entre las decisiones de la Corte y la Comisión, entre otros temas. En la presente investigación hemos tomado posición frente a estas críticas al control de convencionalidad, coincidiendo o discrepando con las mismas.
13. Al respecto, ratificamos que la línea jurisprudencial mantenida por la Corte en torno al nulo valor jurídico *ab initio* de las leyes de amnistía o autoamnistía y de toda medida dirigida propiciar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos

–como una sentencia judicial-, ha sido y es una contribución fundamental para desterrar este tipo de medidas en el continente americano y ha influido así, en la apertura o reapertura de procesos judiciales en sede nacional para el juzgamiento y condena de graves violaciones de derechos humanos. Si bien hay casos en los que las Cortes Supremas se han resistido a acatar la decisión de la Corte interamericana sobre el particular (caso Gelman contra Uruguay), ello no ha variado esta línea jurisprudencial.

14. En nuestro país este proceso de interamericanización del Estado constitucional se ha verificado no sólo a través del control de convencionalidad o la nulidad *ab initio* de las leyes de autoamnistía, sino también en otros ámbitos altamente sensibles para la vigencia no sólo de los derechos fundamentales sino de la democracia en general, como han sido –sin perjuicio de otros- el debate sobre la pena de muerte, de un proyecto de ley sobre el supuesto delito de negacionismo, la reforma de la justicia militar policial y la reforma del procedimiento de ratificación de jueces y fiscales. En todos estos temas, el derecho interamericano fue determinante en el desenlace final.
15. En la investigación también nos aproximamos críticamente a dos nociones que han sido traídas para explicar la creciente interacción entre el sistema interamericano y los tribunales nacionales. Una de ellas es la del “diálogo judicial”, para explicar la recíproca influencia entre Corte y tribunales nacionales, en especial, altas Cortes nacionales (Cortes supremas, tribunales o cortes constitucionales). La razón de esta aproximación crítica ha sido –como ya hemos señalado- que son figuras forjadas en el contexto comunitario europeo, atmósfera institucional de integración regional inexistente en América latina.
16. En relación al diálogo judicial, nosotros consideramos que la noción de “articulación dialógica” define más rigurosamente la relación no sólo entre Corte y tribunales nacionales, sino también de todos ellos con la Comisión, en una relación a tres bandas en la cual, el rol de la Comisión ha sido invisibilizado no sólo por la doctrina constitucional latinoamericana sino también por la propia jurisprudencia de la Corte. Articulación dialógica y no diálogo judicial porque la relación entre órganos

interamericanos y tribunales nacionales ciertamente requiere decisiones consensuadas o producto del diálogo, pero no con la misma intensidad que se requiere en Europa.

17. Por lo demás, en la actualidad nos parece riesgoso hacer depender todas las decisiones de Corte y Comisión, de un posible diálogo judicial con Estados que no necesariamente están dispuestos a hacer su mejor esfuerzo en la tutela de derechos fundamentales. Lamentablemente, el contexto democrático latinoamericano tampoco es de la misma intensidad que el contexto democrático europeo. Mientras tanto, consideramos más apropiado a nuestra realidad latinoamericana, hablar de “articulación dialógica” que comprende ciertamente el diálogo judicial y las decisiones producto del consenso regional, pero que también abarca las decisiones interamericanas que establecen un estándar de derechos, en ocasiones resistido en un inicio por los propios Estados.

18. En forma similar nos acercamos críticamente a la “doctrina” del margen de apreciación nacional, muy utilizada por el Tribunal europeo de derecho humanos (TEDH) pero que consideramos que no debería tener cabida en el sistema interamericano, no sólo porque no es necesario sino porque además no resulta conveniente. Consideramos que la mayor o menor flexibilidad que las autoridades y tribunales nacionales pueden tener en la observancia de un estándar interamericano o en el cumplimiento de una sentencia de la Corte, se explica por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen en el derecho interamericano. En forma similar a la preocupación ya expresada en relación al diálogo judicial, consideramos que el margen de apreciación nacional podría ser una ventana riesgosa que algunos Estados podrían interpretar como una carta blanca para rebajar los estándares interamericanos.

19. Por otro lado, este nuevo paradigma de Estado constitucional interamericano tiene sólido respaldo en la Constitución de 1993, cuyos constituyentes si bien mayoritariamente pretendieron rebajar la tutela internacional de los derechos fundamentales –en comparación a la Constitución de 1979-, el texto que aprobaron y su interpretación posterior igual han contribuido a interamericanizar al Estado

constitucional en el Perú. La Carta política vigente contempla así, una cláusula de apertura de reconocimiento de derechos fundamentales y una cláusula de apertura interpretativa de tales derechos.

20. Finalmente, si bien a lo largo de la presente investigación hemos cuidado en sostener que estamos frente a un proceso de *gestación* del Estado constitucional interamericano en el Perú, cuya consolidación -o no- dependerá de diversos factores nacionales e internacionales, cabe hacer el ejercicio de prever cuáles serían algunos de los rasgos de un Estado constitucional interamericano consolidado en el futuro:

- Un Estado nacional abierto, incardinado en un “pluriverso” internacional normativo.
- Una relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, caracterizada por un pluralismo normativo multinivel.
- Un conjunto de derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos no sólo en la Constitución sino en el *corpus iuris* interamericano.
- Un Estado nacional y un sistema interamericano consolidados.
- Un Estado con tribunales nacionales que aplican el derecho interamericano.
- Una articulación dialógica entre Comisión, Corte interamericanas y tribunales nacionales.
- Un Estado nacional que cumple los informes y sentencias interamericanas, aunque en ocasiones discrepe de las mismas.
- Un sistema interamericano completamente universalizado.
- Un sistema interamericano subsidiario de tribunales nacionales que –en sede interna- protegen los derechos fundamentales de sus ciudadanos.
- Un Estado democrático, en lo formal y en lo sustancial, que otorga bienestar y felicidad a sus ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVIC, Víctor

- 2009 “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Derecho PUCP*. Lima, número 63, pp 95-138. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2961/2863>

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo

- 2007 “La internacionalización del derecho constitucional”. *Estudios constitucionales*. Talca, volumen 5, número 1, pp. 223-281. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050109>

AGUILÓ REGLA, Josep

- 2011 “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”. *Doxa*. Alicante, número 34, pp. 55-71. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckp9s8>

ALBANESE, Susana (coordinadora)

- 2008 El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar.

ALBÁN PERALTA, Wálter, Ronald GAMARRA HERRERA, Carlos RIVERA PAZ y Felipe VILLAVICENCIO TERRERO

- 2007 *La pena de muerte: informe jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima*. Lima: s.e. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/29/mortem\\_penum.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/marzo/29/mortem_penum.doc)

ARAGÓN REYES, Manuel

- 1998 “La Constitución como paradigma”. En *El significado actual de la Constitución: memoria del simposio internacional*. México: Universidad Autónoma de México, pp. 19-32. Consulta: 22 de octubre de 2014



<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=130>

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

2013 *AG/RES. 1 (XLIV-E/13)*. 24 marzo 2013. Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington D.C. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/04/resolucao\\_oea.pdf](http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/04/resolucao_oea.pdf)

ATIENZA, Manuel

2011 “Dos versiones del constitucionalismo”. *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 34, pp. 73-88. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcfx928>

AYALA CORAO, Carlos

2001 “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista IIDH*. San José, número 30-31, pp. 91-127. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1404/revista-iidh30-31.pdf>

AZUERO QUIJANO, Alejandra

2009 Redes de diálogo judicial trasnacional: Una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, *Revista de Derecho Público* N° 22, pp. 3-23. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/ferrer/Di%20C3%A1logo%20judicial/Redes%20de%20di%20C3%A1logo%20judicial%20transnacional.pdf>

BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo

2015 “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 231-254.

BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto

2011 “El principio de laicidad en la educación en Francia y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre el universalismo francés y el reconocimiento al margen nacional de apreciación del TEDH”. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Consulta: 18 de Marzo del 2016.  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/3549/3585>

BARRETO, Camila y otros

2015 Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos, nuevos tiempos, viejos retos. Bogotá: DeJusticia, Colección DeJusticia.

BASH, Fernando, Leonardo FILIPPINI, Ana LAYA, Mariano NINO, Felicitas ROSSI y Bárbara SCHREIBER

2010 “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*. Sao Paulo, volumen 7, número 12, pp. 9-35. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201424165630161-76428001.pdf>

BAZÁN, Víctor

2012 “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (editores). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer, pp. 17-55.

BENAVIDES CASALS, María Angélica

2009 “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. Talca, Revista Ius Et Praxis, Año 15, N° 1, pp. 295-310.  
<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>

BOGDANDY, Armin von

2015 “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, número 34, pp. 3-50. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198>

2013 “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*: una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”. En GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y DIEGO VALADÉS (coordinadores). *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 39-66. Consulta: 19 de mayo de 2015.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/10.pdf>

2012 “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo: una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”. En CAPALDO, Griselda, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO (editores). *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Fundación Alexander von Humboldt, pp. 21-40.

BOGDANDY, Armin von y José María SERNA DE LA GARZA (coordinadores)

2014 *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Universidad Nacional Autónoma de México. Consulta: 26 de Enero del 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3705/9.pdf>

BOGDANDY, Armin von, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI  
(coordinadores)

2014 *Ius constitutionale commune* en América Latina, Rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht / Universidad Nacional Autónoma de México.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/22.pdf>

BURGORGUE LARSEN, Laurence y Nicolás MONTOYA CÉSPEDES

2015 “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 329-360.

BURNEO LABRÍN, José

2013 El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945. En *Revista Derecho PUCP* N° 71. Lima: Facultad de Derecho, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 169-199.

2011 Globalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional. Lima: Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuaderno de trabajo N° 21.

BUSTOS GISBERT, Rafael

2005 *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

CARNOTA, Walter

2011 La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. Madrid: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 15, pp. 51-66.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos

2014 “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Revista Derecho del Estado, nueva serie, número 33, pp. 149-172. Consulta: 28 de marzo del 2016.

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>

2013 ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XIII, pp. 51-97. Consulta: 28 de marzo de 2016.

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/35524/32349>

2011 “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XI, pp. 593-624. Consulta: 21 de marzo de 2016.

[http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca\\_virtual/doctrina/25.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/25.pdf)

COALICIÓN INTERNACIONAL DE ORGANIZACIONES POR LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS

2012 “Observaciones al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. 27 de enero de 2012. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<https://cejil.org/comunicados/observaciones-al-proceso-de-reflexion-sobre-el-fortalecimiento-del-sistema-interamerican>

CLÉRICO, Laura

2012 “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”. En CAPALDO, Griselda, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO (editores). *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Fundación Alexander von Humboldt, pp. 199-220.

#### COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN (CVR)

2003 *Informe Final*. Tomo VIII. “Conclusiones”. Lima, p. 337. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VIII/CONCLUSIONES%20GENERALES.pdf>

#### COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2015 *Informe anual 2014*. Washington D.C. Consulta: 22 de octubre de 2015.  
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/indice.asp>

2015b Universalización del sistema interamericano de derechos humanos, Washington D.C. Anexo B-32. Consulta: 19 de enero del 2016.  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>

2012a “A 10 años del inicio de las detenciones en Guantánamo, la CIDH reitera llamado a clausurar el centro de detención”. Comunicado de prensa N° 3/12 del 11 de febrero de 2012. Sitio web de la Organización de los Estados Americanos. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/003.asp>

2012b *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano para la protección de los Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. 8 de abril de 2012. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28287S.pdf>

1996 *Caso 11.673. Caso Santiago Marzioni contra Argentina. Informe N° 39/96: 15 de octubre de 1996. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina11673.htm>

1988 *Caso 9260. Caso Clifton Wright contra Jamaica. Resolución N° 29/88: 14 de septiembre de 1988. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Jamaica9260.htm>

#### CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2012 *Dictamen Conjunto recaído en el Proyecto de Ley 1464/2012-PE que propone incorporar el artículo 316-A al Código Penal, referido al negacionismo de los delitos de terrorismo. Lima: Comisión de Constitución y Reglamento / Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/dictamenes/CAB249291C51BAEE05257AD30074C788>

2001a *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993: Comisión de Constitución y Reglamento. T. I. Lima: s/e. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoI.pdf>

2001b *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993: Comisión de Constitución y Reglamento. T. II. Lima: s/e. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoII.pdf>

2001c *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993: Comisión de Constitución y Reglamento. T. IV. Lima: s/e. Consulta: 01 de octubre de 2015.*  
<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoIV.pdf>

2001d *Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993: Comisión de Constitución y Reglamento. T. V. Lima: s/e. Consulta: 01 de octubre de 2015.*

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoV.pdf>

1989 *Asamblea Constituyente: décimo aniversario de la promulgación de la Constitución Política del Perú, 1979-1989. Lima: Cámara de Diputados / Sedit.*

s/f *Comisión principal de Constitución de la Asamblea Constituyente: Diario de los Debates - Publicación oficial. T. III. Lima: s/e. Consulta: 01 de octubre de 2015.*

<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/Comiprin/TomoCompleto/TomoIII.pdf>

#### CONSEJO DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2013 *Informe N° 038-2013-JUS/CDJE-ST. Sobre entidades responsables del cumplimiento de las reparaciones dinerarias y no dinerarias establecidas en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentado el 4 de diciembre de 2013. Consulta: 20 de mayo de 2015.*

<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/INFORME-N%C2%BA-38-2013-JUS-CDJE-ST.pdf>

#### CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

2011 “CNM da por concluido acuerdo de solución amistosa con magistrados no ratificados”. Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional. Lima, 25 de abril de 2011. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[https://www.cnm.gob.pe/webcnm/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1320:cnm-da-por-concluido-acuerdo-de-solucion-amistosa-con-magistrados-no-ratificados&catid=19:informacion-institucional&Itemid=181](https://www.cnm.gob.pe/webcnm/index.php?option=com_content&view=article&id=1320:cnm-da-por-concluido-acuerdo-de-solucion-amistosa-con-magistrados-no-ratificados&catid=19:informacion-institucional&Itemid=181)



CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

2011 *Informe del Grupo de Trabajo Especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente.* OEA/Ser.G. GT/SIDH-13/11 rev. 2. 13 de diciembre 2011. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_11/CP27754S04.doc](http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_11/CP27754S04.doc)

CONTRERAS, Pablo

2014 “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Talca, Revista Ius Et Praxis, Año 20, N° 2, pp. 235-274. Consulta: 18 de Marzo del 2016.

<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/art07.pdf>

CORREA, Rafael

2012 *Intervención en la Asamblea General de la OEA. Discurso en la Cuadragésimo Segunda Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Cochabamba, 2012.* Consulta: 15 de diciembre de 2012.

<http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/2012-06-04-42-Asamblea-General-de-la-Oea-Cochabamba-Bolivia.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2015 *Informe Anual 2014.* San José. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/ia2014/espanol.pdf>

2014 *Opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto del 2014.* Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Consulta: 25 de enero de 2016.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf)

- 2012a *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Resolución de 7 de septiembre de 2012 (Supervisión de cumplimiento de sentencia). Consulta: 01 de octubre de 2014.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barrios\\_07\\_09\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barrios_07_09_12.pdf)
- 2012b *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- 2011 *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)
- 2010 *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas). Consulta: 23 de marzo del 2016.  
[http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec_219_esp.pdf)
- 2009a *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Resolución de 24 de noviembre de 2009 (Supervisión de cumplimiento de sentencias). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ivcher\\_24\\_11\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ivcher_24_11_09.pdf)
- 2009b *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)
- 2006 *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

- 2006b *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Consulta: 23 de marzo del 2016.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)
- 2006c *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de Noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones, Costas). Consulta: 23 de marzo del 2016.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)
- 2005 *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)
- 2003 *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, reparaciones y costas). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf)
- 2001a *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*. Sentencia de fondo: 05 de febrero de 2001. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=10>
- 2001b *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)
- 2001c *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la sentencia de fondo). Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_83\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf)
- 1994 *Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994*. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes

violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf)

1989 *Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*. 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. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)

#### DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2009 *Justicia Militar e independencia judicial en el Perú: normativa, jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Serie: Documentos Defensoriales N° 6. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/Documento-Defensorial-6-Justicia-Militar.pdf>

2006 *Inconstitucionalidad de la legislación penal militar aprobada por Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961*. Informe Defensorial N° 104. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_104.zip](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_104.zip)

2003 *¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria*. Lima. Informe Defensorial N° 66. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_66.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_66.pdf)

2002a *Resolución Defensoría N° 038-2002/DP*. Resolución del 28 de noviembre de 2002. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.justiciaviva.org.pe/ratifica/resolucion.pdf>

- 2002b *La justicia militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma*. Informe Defensorial N° 64. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_64.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_64.pdf)
- 1997 *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*. Informe Defensorial N° 6. Lima. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_6.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_6.pdf)
- DÍAZ MUÑOZ, Óscar
- 2009 “El derecho al agua potable como derecho fundamental no enumerado”. En SÁENZ DÁVALOS, Luis (coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 169-180.
- DULITZKY, Ariel E.
- 2014 *El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?*. En: Rivera, Julio César (H), Elías, José Sebastián, Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago (Directores). *Tratado de los derechos constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 533-569. Consulta: 28 de Marzo de 2016.  
<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Conventionalidad.pdf>
- 2013 “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. Austin: University of Texas, *Texas International Law Journal*, Volume 50, Issue 1, pp. 45-93. Consulta: 21 de Marzo del 2016  
<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>

2012 “20 puntos de reflexión sobre el proceso de reflexión”. *Aportes DPLf: revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*. Washington, número 16, año 5, marzo de 2012, p. 11-13. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://dplf.org/sites/default/files/1332509827.pdf>

## ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

2014 “Declaración de Montevideo”. *Tercera Conferencia de Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de enero de 2014. Consulta: 20 de mayo de 2015.

[http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc23012014-144319.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc23012014-144319.pdf)

s/f El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? pp. 533-569. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>

2015 Symposium: The constitutionalization of International Law en Latin America. An alternative approach to the conventionality control doctrine. Washington DC: American Society of International Law (ASIL), 110<sup>th</sup> Annual meeting, March 30-April 2. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<https://www.asil.org/sites/default/files/Dulitzky%2C%20An%20Alternative%20Approach%20to%20the%20Conventionality%20Control%20Doctrine.pdf>

2013 “Declaración de Cochabamba”. *Segunda Conferencia de Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 14 de mayo de 2013. Consulta: 20 de mayo de 2015.

<http://www.mrree.gub.uy/frontend/afiledownload?1,1,128,O,S,0,22092%3B%3B1%3B519>

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2003 “Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”. En EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Eloy ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA. *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: los tratados de derechos humanos y el hábeas corpus contra resoluciones judiciales*. Lima: Justicia Viva, pp. 5-58.

EZEQUIEL PITTIER, Lautaro

2012 “El control de convencionalidad en la Argentina y algunas experiencias de evasión de compromisos internacionales”. Medellín: Revista CES Derecho, volumen 3, número 2, pp. 122-127. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://crawl.prod.proquest.com.s3.amazonaws.com/fpcache/5de4290ad32d802369092a64935ec9bc.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJF7V7KNV2K KY2NUQ&Expires=1458597473&Signature=OXL%2FK6sIcAp0f0onSZrKJxyvuaU%3D>

FERRAJOLI, Luigi

2011a *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. T. 1: Teoría del derecho. Madrid: Editorial Trotta.

2011b *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. T. 2: Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta.

2011c *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta.

2004 *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta.

2002 “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía: revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Alicante, número 16, pp 7-20. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrv0z1>

FERREIRA CAUSIL, Adriana Cristina

2011 “Los derechos innominados en Colombia: reflexiones sobre su origen”.  
*Cuadernos de Derecho Público*. Bogotá, número 3, pp. 71-150. Consulta:  
23 de octubre de 2014.

[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/los\\_derechos\\_innominados\\_3.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/los_derechos_innominados_3.pdf)

FRADE NOGUEIRA LOPES, Carla Patricia

2012 “Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de  
cooperação no diálogo de juízes”. Brasília: UNICEUB Centro  
universitário de Brasília, *Revista de Direito Internacional*, volumen 9,  
Nro. 4, Número especial: Internacionalizacao do direito, pp. 229-247.

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2123/pdf>

FRANCO, Paula

2015 Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia.  
Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, *Revista de  
Derecho Público*, número 34, pp. 1-34. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

[https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub505.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub505.pdf)

FRASER, Nancy

2006 *Reinventar la justicia en un mundo globalizado*. New left review N° 36,  
pp. 31-50. Consulta: 29 de marzo de 2016.

[file:///C:/Users/David%20Lovaton/Downloads/Nancy%20Fraser,%20Reinventar%20la%20justicia%20en%20un%20mundo%20globalizado,%20NLR%2036%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/David%20Lovaton/Downloads/Nancy%20Fraser,%20Reinventar%20la%20justicia%20en%20un%20mundo%20globalizado,%20NLR%2036%20(1).pdf)

FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio

2015 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de



convencionalidad”. Valdivia: Revista de Derecho, volumen XXVIII, N° 1, pp. 171-192. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n1/art08.pdf>

FUKUYAMA, Francis

1993. The end of History and the Last Man. Harper Perennial.

GARCÍA ATEHORTÚA, Angie Katherine y RAMÍREZ RIVERO, Laura Sofía

2014 La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. Bogotá: Univ. Estud. Número 11, pp. 87-102. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/a1af0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888ecce7>

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José

2013 El control de convencionalidad en el Perú. Lima: Maestría de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista Pensamiento constitucional, número 18, pp. 223-241. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<file:///C:/Users/David%20Lovaton/Downloads/8955-35495-1-PB.pdf>

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio

2011 “El control judicial interno de convencionalidad”. Puebla: Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, número 28, pp. 123-159. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>

2014 “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas cuestiones relevantes”. The Center for civil and human rights, University of Notre Dame: Notre Dame, El futuro del sistema interamericano de derechos humanos, Cuaderno de trabajo N° 3. Consulta: 21 de marzo del 2016.

<https://humanrights.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf>

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta

- 2013 “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), Cuestiones constitucionales Revista mexicana de derecho constitucional, número 29, pp. 163-218. Consulta: 21 de Marzo del 2016.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/29/ard/ard6.pdf>

GARCÍA ROCA, Javier

- 2010 El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Cizur Menor: Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario.
- 2011 “Prólogo”. En VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas / Thomson Reuters, pp. 11-30.
- 2012 “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales nacionales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”. España: UNED, Teoría y realidad constitucional, Número 30, pp. 183-224. Consulta: 21 de Marzo del 2016.  
<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7005/6703>

GARCÍA TOMA, Víctor

- 2008 *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores.

GROPPI, Tania y LECIS COCCO-ORTU, Anna María

- 2014 Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Revista de Derecho Público, Volumen 80, pp. 85-120.

<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/33321/35019>

HÄBERLE, Peter

2007 “Presentación”. En LANDA ARROYO, César. *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores, pp. 15-17.

2003 *El Estado constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Segunda edición. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú.

HABERMAS, Jürgen

2006 *Más allá del Estado nacional*. Tercera reimpresión. México DF: Fondo de cultura económica.

HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena

2014 La polisemia del control de convencionalidad interno. Bogotá: Revista colombiana de derecho internacional, volumen 12, número 24, pp. 113-141. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8542/6866>

HITTERS, Juan Carlos

2013 “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”. Lima: Maestría de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista Pensamiento constitucional, número 18, pp. 315-329. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8959/9367>

HURTADO POZO

1979 *La ley importada: recepción del Derecho Penal en el Perú*. Lima: CEDYS.

IGLESIAS BÁREZ, Mercedes

- 2010 “La ley de partidos políticos y el test de convencionalidad europeo. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna”. España: UNED, Teoría y realidad constitucional, número 25, pp. 567-586. Consulta: 21 de Marzo del 2016.  
<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6907/6605>

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

- s/f *Amicus Curiae presentado por Instituto de Defensa Legal (IDL) a favor de los peticionarios ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Cantuta vs. Perú (Caso N° 11.045)”*. Lima. Consulta: 20 de octubre de 2014.  
[http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/enero/18/amicus\\_idl.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2007/enero/18/amicus_idl.doc)

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL ET AL.

- 2011 *Aportes para una agenda integral para el fortalecimiento del Sistema interamericano de derechos humanos*. 31 de octubre de 2011. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP27469T.pdf>

INSULZA, José Miguel

- 2012 “Discurso de inauguración”. *Seminario Preparatorio para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C. 30 de mayo de 2012. Consulta: 20 de enero de 2013.  
<http://www.oas.org/es/cidh/actividades/seminario2012.asp>

LANDA ARROYO, César

- 2015a “Procesos de integración en América Latina”. Manuscrito.
- 2015b “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico

- peruano”. En LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 187-228.
- 2015c *Re: Consulta sobre un artículo tuyo*. Correo electrónico del 21 de abril de 2015 a David Lovatón.
- 2014 “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”. En CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (coordinadora). *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp. 219-254.
- 2012 “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación y tensiones”. En CAPALDO, Griselda, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO (editores). *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Fundación Alexander von Humboldt, pp. 437-450.
- 2011 *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México: Porrúa.
- 2010 Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores.
- 2007 *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.
- LÓPEZ GUERRA, Luis
- 2013 El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. España: UNED, *Teoría y realidad constitucional*, número 32, pp. 139-158. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

2015 “El sistema europeo de protección de derechos humanos”. LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 57-84

LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores)

2015 *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores.

LOVATÓN PALACIOS, David

2013 *Último proceso de reforma de la Comisión interamericana de derechos humanos (2011-2013): reflexiones y perspectivas*. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 22. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2010 “La reforma de la justicia militar por parte del Tribunal Constitucional del Perú”. En RIAL, Juan (compilador). *La justicia militar: entre la reforma y la permanencia*. Buenos Aires: RESDAL, pp. 123-136.

MANILI, Pablo Luis

2012 “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional iberoamericano”. En CAPALDO, Griselda, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO (editores). *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Fundación Alexander von Humboldt, pp. 473-506.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

2009 *Derechos fundamentales y derecho privado*. Lima: Editora jurídica Grijley.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela

2015            PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA EN SURAMÉRICA, Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica / Universidad Autónoma de México. Consulta: 26 de Enero del 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3862>

2014            “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En BOGDANDY, Armin, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 265-299. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/15.pdf>

NACIONES UNIDAS

1969            *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, aprobado el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 27 de enero del 1980. Consulta: 21 Octubre 2015.

[http://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Convencion\\_Viena.pdf](http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf)

NASH ROJAS, Claudio

2000            Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, Informe S/2000/915, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 4 Octubre 2000, párrafo 22. Consulta: 20 Enero 2016.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2000/915>

2010            *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. México: Distribuciones Fontamara.

2012 *Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”*. En BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (editores). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011*. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer, pp. 57-69.

NEVES, Marcelo

2015 “Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al transconstitucionalismo en América Latina”. En LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 85-118.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

2012 Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. Ciudad de México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Boletín mexicano de derecho comparado, volumen XLV, número 135, pp. 1167-1220. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584008>

2012b “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Revista Estudios Constitucionales, volumen 10, número 2, pp. 57-140. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038002>

PASCUAL VIVES, Francisco José

2013 “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”. Anuario español



de Derecho internacional, Volumen 29, pp. 217-262. Consulta: 18 de Marzo del 2016.

<file:///C:/Users/David%20Lovaton/Downloads/2511-9861-1-PB.pdf>

PEREYRA ZABALA, Gastón

2011 “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Implicaciones en el ordenamiento constitucional argentino”. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, Revista de Derecho, número 6, pp. 155-176. Consulta: 21 de Marzo del 2016.

<http://ojs.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/802/796>

PERÚ.21

2011 “Estado rechaza demanda de la CIDH por Chavín de Huántar”. *Perú.21*. Lima, 24 de diciembre de 2011. Consulta: 16 de diciembre de 2012.

<http://peru21.pe/2011/12/24/impresa/estado-rechaza-demanda-cidh-chavin-huantar-2004456>

PODER JUDICIAL

2012 R.N.° 4104-2010. Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitida el 27 de septiembre de 2012. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/RN\\_4104\\_2010.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/RN_4104_2010.pdf)

PRIETO SANCHIS, Luis

2007 *Derechos fundamentales, neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ

2013 “Jürgen Habermas critica falta de ‘solidaridad política’ en Europa”. *RRP: noticias*. Actualidad. 06 de agosto de 2013. Consulta: 01 de octubre de 2015.

[http://www.rpp.com.pe/2013-08-06-jurgen-habermas-critica-falta-de-solidaridad-politica-en-europa-noticia\\_619730.html](http://www.rpp.com.pe/2013-08-06-jurgen-habermas-critica-falta-de-solidaridad-politica-en-europa-noticia_619730.html)

RAMÍREZ VARELA, Lilia

- 2013 “Audiencia sobre secreto y negacionismo, y la performance del Estado peruano ante la CIDH”. *Justicia Viva*. Lima, 14 de marzo de 2013. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1006>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

- 2012 “Primordial”. *Diccionario de la Real Academia Española*. 22<sup>a</sup>. Edición, versión electrónica. Consulta: 18 de octubre de 2014.  
<http://lema.rae.es/drae/?val=primordial>

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2011 “Relatoría Especial manifiesta preocupación por detenciones y agresiones contra periodistas que cubren protestas en Estados Unidos”. Comunicado de prensa R120/11 del 17 de noviembre de 2011. Sitio web de la Organización de los Estados Americanos. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=875&lID=2>

- 2009a *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. s/l: Organización de los Estados Americanos / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisférica%20Español%20FINA%20con%20portada.pdf>

- 2009b *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. s/l: Organización de los Estados Americanos / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

RUBIO CORREA, Marcial

2005 *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*.  
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1998 “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”. *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, vol. 5, número 5, pp. 99-113. Consulta: 27 de octubre de 2014.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3243/3080>

RUBIO LLORENTE, Francisco

2006 “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”. En REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coordinador). *La rebelión de las leyes: demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Serie: Fundamentos N° 4. Oviedo: Junta general del Principado de Asturias, pp. 203-235.

RUIZ MIGUEL, Alfonso y ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra

2014 “Derecho a la vida y Constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”. *Estudios constitucionales*. Talca, Año 12, N° 1, pp. 71-104. Consulta: 18 de Marzo del 2016.

<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art03.pdf>

RUIZ MIGUEL, Carlos

2003 “El constitucionalismo cultural”. *Cuestiones constitucionales*. México, número 9, julio-diciembre 2003, pp. 201-216. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.redalyc.org/pdf/885/88500908.pdf>

SAIZ ARNAIZ, Alejandro

2015 “Tribunal constitucional y Tribunal europeo de derechos humanos: las razones para el diálogo”. En LÓPEZ GUERRA, Luis y Alejandro SAIZ ARNAIZ (directores). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima: Palestra Editores, pp. 153-186.

SERRANO GUZMÁN, Silvia

2012 “Sometimiento de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Revista IIDH. San José de Costa Rica, volumen 56. Consulta: 1º de abril de 2016.  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30354.pdf>

TORRES ZÚÑIGA, Natalia

2013 *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2015 Expediente N° 00022-2011-PI/TC. Caso Decretos Legislativos N° 1094 y 1095. Sentencia: 8 de julio del 2015. Consulta: 22 de Marzo del 2016.  
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00022-2011-AI.pdf>

2014a *Expediente N° 03333-2012-PA/TC*. Caso Rodríguez Velásquez. Sentencia: 30 de enero de 2014. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03333-2012-AA.html>

2014b *Expediente N° 04617-2012-PA/TC*. Caso Panamericana Televisión S.A. Sentencia: 12 de marzo de 2014. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.html>

2013 *Expediente N° 01573-2012-PA/TC*. Caso Asociación Pro Vivienda Las Lomas. Sentencia: 17 de julio de 2013. Consulta: 01 de octubre de 2015.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01573-2012-AA.pdf>

- 2010a *Expediente N° 0023-2009-PI/TC*. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Sentencia: 21 de setiembre de 2010. Consulta: Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00023-2009-AI.html>
- 2010b *Expediente N° 05427-2009-PC/TC*. Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP). Sentencia: 30 de junio de 2010. Consulta: Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>
- 2010c *Expediente N° 0022-2009-PI/TC*. Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Sentencia: 09 de junio de 2010. Consulta: Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>
- 2009a *Expediente N° 06316-2009-AA/TC*. Caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP). Sentencia: 11 de noviembre de 2009. Consulta: Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>
- 2009b *Expediente N° 00001-2009-PI/TC*. Sentencia: 4 de diciembre de 2009. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00001-2009-AI.html>
- 2006 *Expediente N° 4972-2006-PA/TC*. Caso Corporación Meier S.A.C. y PERSOLAR S.A.C. Sentencia: 04 de agosto de 2006. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>
- 2006b *Expediente N° 2730-2006-PA/TC*. Caso Arturo Castillo Chirinos. Sentencia: 21 de Julio de 2006. Consulta: 23 de marzo de 2016.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>

- 2006c *Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.* Caso Colegios de abogados de Arequipa y de Lima cono norte contra Ley orgánica del CNM. Consulta: 19 Enero 2016.  
<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/agosto/17/00025-2005-AI.htm>
- 2005a *Expediente N° 4587-2004-AA/TC.* Caso Santiago Martín Rivas. Sentencia: 29 de noviembre de 2005. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.html>
- 2005b *Expediente N° 3361-2004-AA/TC.* Caso Jaime Amado Álvarez Guillén. Sentencia: 12 de agosto de 2005. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03361-2004-AA.html>
- 2004a *Expediente N° 2488-2002-HC/TC.* Caso Villegas Namuche. Sentencia: 18 de marzo de 2004. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>
- 2004b *Expediente N° 2798-04-HC/TC.* Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. Sentencia: 09 de diciembre de 2004. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.html>
- 2004c *Expediente N° 0017-2003-2003-AI/TC.* Sentencia: 16 de marzo de 2004. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>
- 2004d *Expediente N° 023-2003-AI/TC.* Sentencia: 9 de junio de 2004. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>
- 2002a *Expediente N° 0905-2001-AA/TC.* Caso Caja Rural de Ahoro y Crédito de San Martín. Sentencia: 14 de agosto de 2002. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

2002b *Expediente N° 0217-2002-HC/TC. Caso Alfredo Crespo Bragayrac.*  
Sentencia: 17 de abril de 2002. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00217-2002-HC.html>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado

2003a “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”.  
En TRINDADE, Antônio Augusto Cançado y Alfredo MARTÍNEZ  
MORENO. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*. San  
José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 33-64.

2003b “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
(2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano  
como sujeto del derecho internacional”. En TRINDADE, Antônio  
Augusto Cançado y Manuel E. VENTURA ROBLES. *El futuro de la  
Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte  
Interamericana de Derechos Humanos, pp. 11-107.

TURÉGANO MANSILLA, Isabel

2010 *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. Lima: Palestra  
Editores.

TWINING, William

2003 *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

2013 La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de  
aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes  
acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal constitucional  
español. España: UNED, Teoría y realidad constitucional, número 32, pp.  
391-428.

<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/11796/11243>

UPRIMNY, Rodrigo

2011 “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. En RODRIGUEZ GARAVITO, César. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, pp. 109-137. Consulta: 01 de octubre de 2015.  
[http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi\\_name\\_recurso.8.pdf](http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf)

VALADÉS, Diego (compilador)

2006 *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas.

2003 “Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio”. En HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Segunda edición. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. XXI-LXXXIV.

VALLE RUESTRA, Javier y otros

2008 *Manual de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.

VANOSSI, Jorge Reinaldo

2014 “La criminalización del «negacionismo» frente a la libertad de expresión: un tremedal del derecho”. Lima: Maestría de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista Pensamiento constitucional, número 19, pp. 123-162. Consulta: 21 de Marzo del 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12522/13083>

VERGOTTINI, Giuseppe de

2011 *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas / Thomson Reuters.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

2013 “Postpositivismo y objetivismo moral en sentido mínimo: comentarios”. En: MORALES LUNA, Félix. *Un análisis de las concepciones*



*metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 1. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú., pp. 33-40.

VILLARÁN, Susana

2007 “Perú”. En DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL. *Víctimas sin mordaza: El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*. México, D.F.: pp. 127-170.

VÍTOLO, Alfredo M.

2013 Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad». Lima: Maestría de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista Pensamiento constitucional, número 18, pp. 357-380. Consulta: 21 de Marzo del 2016.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8961/9369>

ZAGREBELSKY, Gustavo

1995 *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.