

Derecho

OCASO DEL ESTADO PERUANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL: LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO NACIONAL

OCASO OF THE PERUVIAN STATE OF CONSTITUTIONAL LAW: CONVENTIONALIZATION OF NATIONAL LAW

*Eddy A. Córdova Contreras**

RESUMEN

El autor analiza cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado jurisprudencialmente en la conceptualización y desarrollo del llamado control de convencionalidad, para finalmente imponer y obligar a todos los Estados, como el peruano, a ejercer dicho control entre la norma interna y la norma internacional vinculada a los derechos humanos; no obstante, de esta forma se desplaza, a un segundo plano, el control constitucional del nuestro derecho interno. Esto genera el desfase del Estado de derecho constitucional para pasar a un Estado de derecho convencional; asimismo, se analiza y discute sobre las implicaciones vinculantes de las normas, recomendaciones y jurisprudencias de carácter internacional, aplicadas en sede nacional, a través de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional y, cómo estos órganos jurisdiccionales adoptan dicho control de convencionalidad y, las consecuencias jurídicas que generaría en nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: Estado convencional de derecho, control de convencionalidad.

ABSTRACT

The author analyzes how the Inter-American Court of Human Rights has evolved jurisprudentially in the conceptualization and development of the so-called control of convention, to finally impose and oblige all States, as is the case of the Peruvian State, to exert such control between The internal norm and the international norm related to human rights, however, in this way, the constitutional control of our domestic law is displaced;

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (La Libertad). Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo. Correo electrónico: eddycordova2711@gmail.com.

Which generates the lag of the constitutional State of law to move to a conventional rule of law; It also analyzes and discusses the binding implications of international norms, recommendations and jurisprudence, applied at national level, through the Supreme Court and the Constitutional Court, and how these jurisdictional bodies adopt this control of convention and, the consequences Which it would generate in our legal system.

Keywords: Conventional state of law, conventionality control.

INTRODUCCIÓN

El mundo regulado por el derecho, tanto en Europa Continental como en Latinoamérica, ha vivenciado etapas de transición desde un Estado de derecho, en el cual el poder público estaba supeditado a cualquier norma y, no necesariamente a la ley; luego pasamos por un Estado de derecho legal, a raíz de la revolución francesa, donde surgió el principio de la supremacía parlamentaria, cuya norma fundamental se expresada en la ley; para llegar, después de la segunda guerra mundial y de la creación de los Tribunales de Núremberg, a un Estado de derecho constitucional, en el cual la Constitución deja de ser una simple carta política, revestida de recomendaciones y buenas intenciones, para ser la máxima expresión normativa de un Estado, como lo es el caso peruano; en esta etapa se hablaba del proceso de constitucionalización del derecho, en el cual, “el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional” (Landa, 2013, p. 14); sin embargo, en estos últimos años estamos vivenciando la transición del Estado constitucional de derecho a un Estado convencional de derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), a través de su jurisprudencia ha creado el control de convencionalidad, mediante el cual ha establecido que los Estados partes de un tratado internacional, como la Convención Americana De Derechos Humanos (en adelante CADH), todos los jueces, incluidos los órganos vinculados a la administración de justicia y autoridades públicas deben hacer prevalecer las normas de la CADH por sobre las normas de derecho interno; además, aparte de las normas de la Convención, también se debe hacer un control de convencionalidad entre las normas del derecho interno y las interpretaciones que realice la propia CIDH en su jurisprudencia y opiniones consultivas, como último y máximo intérprete de la CADH. Este desarrollo de la CIDH, no ha sido ajeno al sistema jurídico del Estado peruano, puesto que, a nivel jurisprudencial, tanto en la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, se ha pretendido acoger y aplicar el control de convencionalidad, aunque con ciertas particularidades.

Convencionalización del derecho

Nociones

Entendemos que la convencionalización del derecho es el proceso en el cual el derecho de un Estado, como sistema u ordenamiento jurídico interno, tiene como fuente de inspiración, creación y de validez, a las normas externas, expresadas en convenios y tratados, que conforman un ordenamiento jurídico internacional, con efectos vinculantes, cuya

finalidad es la de salvaguardar y obtener una protección efectiva de los derechos y libertades. Ello se operativiza mediante el control de convencionalidad, mediante la cual, ante un conflicto entre una norma de derecho interno y la norma internacional, prevalecerá esta última, inaplicándose la primera o, en su defecto se le dará un contenido interpretativo conforme a estas normas internacionales.

No obstante, diversos Juristas, especializados en la materia, al referirse al fenómeno de la convencionalización del derecho, de sus países de origen y de América Latina, se remiten simplifícadamente a definir el control de convencionalidad; por su parte, Carbonell (2013) afirma: “el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los Jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos)” (p. 71).

En esa misma lógica, García, L. (2016) refiere:

“El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y la Convención, toda vez que el control vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores de la Convención en la tarea de limitar el poder político y defender los derechos humanos. Los países suscriptores se obligan a interpretar toda norma nacional de conformidad con la Convención” (P. 144).

Sagüés (2011), enfatiza: “dicho control de convencionalidad se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto” (p. 273).

Doctrinariamente se habla de dos tipos de control de convencionalidad, un control propio, original o externo y un control interno; el primero, recae en el Tribunal Supranacional (CIDH) llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas, bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos; el segundo, se refiere a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales, o a todos los órganos jurisdiccionales, para verificar la congruencia entre actos internos, así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera con las disposiciones del derecho internacional (García Ramírez, 2011, p. 126).

Otra parte de la doctrina hace alusión a dos niveles del control de convencionalidad; así tenemos, un nivel internacional que consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo; y, un nivel interno que se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales y, consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia (García y Palomino, 2013, p. 224).

No cabe duda que, tomando como referencia un control interno, la convencionalización del derecho tiene que ver estrictamente con la relación de sujeción de las normas internas ante las normas del derecho internacional, en específico, los tratados internacionales, versados sobre derechos humanos, de los cuales nuestro Estado peruano forma parte. Este fenómeno, cada vez adquiere más repercusión en América Latina, formándose una especie de moda, pues ha tenido incidencias e implicancias en Perú y, no ha sido ajeno a los criterios adoptadas por los Magistrados del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, quienes han invocado un llamado control de convencionalidad, sin embargo, de forma incipiente, pues, una cosa es invocar o citar normas de carácter internacional que regulan materias sobre derechos humanos, como la CADH, para justificar sus decisiones y, otra cosa, es aplicar estrictamente un control de convencionalidad, el cual implica apartar o dejar de aplicar una norma nacional y aplicar la norma internacional o su sentido interpretativo, al resolver un caso concreto sometido a la jurisdicción interna; es a partir de ello, en que se genera una verdadera convecionalización del derecho.

Orígenes del control de convencionalidad

El otrora Juez de la CIDH y jurista, García, S. (2015), en una conferencia académica, al disertar sobre el origen del control de convencionalidad, afirma que dicho término conceptual tiene como origen o como antecedente, a su criterio, cuando hizo una reflexión, en Septiembre de 2001, al presentar una obra de derecho procesal constitucional, sobre el nacimiento de un control de internacionalidad, es decir, manifestó que ha surgido a lado del control de constitucionalidad muy transitado por la doctrina, jurisprudencia y legislación, un control de internacionalidad, debiéndose poner los ojos, no tan solo en la constitución sino en los tratados internacionales y, valorar actos nacionales a la luz de los actos internacionales. De lo reproducido, podemos afirmar que el origen o antecedente inmediato al control de convencionalidad es el control de internacionalidad, a inicios del siglo XXI.

Posteriormente, en un voto concurrente razonado a la sentencia de la CIDH, sobre el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de Noviembre de 2003, en la cual, el otrora Juez y jurista García Ramírez, ya hacía referencia al control de convencionalidad, de una manera breve y sucinta; luego, el mismo jurista, vuelve a emitir un voto concurrente razonado a la Sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, del 07 de Septiembre de 2004, en el cual hizo una comparación entre la CIDH y los Tribunales Constitucionales (control de convencionalidad vs control de constitucionalidad); nuevamente, el jurista aludido, se refiere a la convencionalidad del derecho en el voto concurrente razonado emitido en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre del año 2006, y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de Septiembre del mismo año (García Ramírez, 2011, p. 144-145). El jurista citado hace, evidentemente, las primeras aproximaciones conceptuales al control de convencionalidad.

En ese horizonte, la CIDH, tomando como referencia la doctrina desarrollada por el jurista García Ramírez, en las sentencias mencionadas, da un paso agigantado e importante para la protección efectiva de los derechos y libertades, en el caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, del 26 de Septiembre de 2006, en la cual institucionaliza u oficializa, por

primera vez en el seno de su jurisprudencia, al control de convencionalidad. Es a partir de esta sentencia que la CIDH asumió Oficialmente la doctrina del control de convencionalidad y, ha empezado a desarrollarla con gran firmeza, en sus diferentes jurisprudencias, perfeccionándola y estableciendo alcances vastos, en aras de la protección efectiva de los derechos y libertades y, quizás, con el fin de que en un futuro mediato lograr un derecho común, *ius commune*, o un derecho regional; no obstante, su trascendencia ha penetrado en los sistemas u ordenamientos jurídicos nacionales de Latinoamérica, como lo es la jurisdicción peruana, cuyos alcances y efectos positivos han generado el desarrollo de una cultura del convencionalismo, al aplicar control de convencionalidad, con mucho entusiasmo, en diferentes sentencias y jurisprudencias del Tribunal Constitucional y Poder Judicial.

En consecuencia, también podemos decir que, a partir de la última sentencia aludida y, el acogimiento de los Órganos Jurisdiccionales de nuestro país, se ha formado el punto de partida y la génesis de la convencionalización del derecho peruano, aún incipiente y, quizá confuso, puesto que, el control de convencionalidad no ha sido internalizado expresamente por el legislador o el constituyente, sobre la base del principio de legalidad.

Control de convencionalidad según la jurisprudencia de la CIDH

La CIDH, como se ha precisado líneas arriba, desarrolla por primera vez, en el caso *Almonacid Arellano Y Otros vs. Chile*, del 26 de Septiembre de 2006, la noción de un control de convencionalidad y, sus alcances e implicancias; sin embargo, emite una definición o noción muy tímida, cautelosa y limitada, tal y como se puede apreciar del fundamento 124, con los siguientes términos:

“(...).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.”

Sagüés (2011), en referencia a la sentencia citada, refiere que el control de convencionalidad pasa a ser, de este modo: “un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (p. 275).

Como se puede advertir, la CIDH estableció de forma limitada que, solamente, los Jueces del Poder Judicial de los Estados partes de la convención, están sometidos y, por ende obligados a velar porque los efectos y disposiciones de la CADH no se vean mermadas por la aplicación de las leyes de orden interno contrarios a su objeto y fin, no obstante, dichos jueces deben aplicar una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, así como las interpretaciones que realice la Corte de esta última. Es evidente que la Corte, inicialmente ha sido muy pusilánime al desarrollar los alcances del control de convencionalidad, incluso no es muy clara y precisa al establecer su aplicación en el derecho interno.

Luego, siguiendo un orden cronológico, la CIDH, emite la sentencia del caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) vs. Perú, del 24 de Noviembre de 2006, en la cual se hace una precisión del contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad, estableciendo que el control de convencionalidad debe hacerse *ex officio* y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes. Al respecto, la “Corte encauza dicha revisión según las reglas procesales pertinentes y las pautas vigentes en cada Estado sobre admisibilidad y procedencia. Hay, pues, una significativa derivación a la normatividad local, circunstancia que puede dar lugar a distintas respuestas jurídicas según el país y el tipo de proceso donde se lo practique. Lo importante es que no puede ejercitarse a tontas y a locas, sino dentro de un marco ya reglado; pero también, que *debe* hacerse” (Sagüés, 2011, p. 279).

Al año siguiente, esto es, el 20 de Noviembre de 2007, la CIDH, siguiendo la misma lógica del caso Almonacid Arellano, emite una sentencia conocida como el caso Boyce y Otros vs. Barbados, en la cual explica concretamente la forma en que debe ser adoptado e implementado, el control de convencionalidad en el ámbito del derecho interno; además, enfatiza que el Estado debe cumplir con sus obligaciones bajo la convención Americana y, no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En esta sentencia, la Corte amplía el panorama del control de convencionalidad, siendo más estricta en su aplicación, sin justificación que valga del derecho interno.

En ese horizonte, la CIDH, emite la sentencia en el caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico, del 26 de Noviembre de 2010, en el cual se establece un alcance más del control de convencionalidad, estableciendo que dicho control no solo alcanza a los Jueces sino también a los órganos vinculados a la administración de justicia de todos los niveles. Este alcance, resulta muy vago, ya que podría entenderse como órganos vinculados a la administración de justicia, por ejemplo, el Ministerio Público, la Policía Nacional, la Defensoría Pública, el Centro de Emergencia Mujer y Poblaciones Vulnerables, etcétera, por tanto, nos preguntamos si estos órganos son pasibles de aplicar un control de convencionalidad, surge una incertidumbre que la propia Corte debería aclarar. Lo mismo sucede en el caso Gelman vs. Uruguay, del 24 de Febrero de 2011, en cuyas consideraciones precisa que el control de convencionalidad no tan solo lo debe de aplicar el Poder Judicial, sino también toda autoridad pública; nuevamente surge la incertidumbre, ya que, no se precisa a qué tipo de autoridad pública se refiere, está demás decirlo que, el Estado peruano tiene bajo su seno una inmensidad de autoridades públicas, que ni siquiera tiene la idea de lo que significa el control de convencionalidad. En el mismo sentido, se resuelve en el caso Dominicanas y Ahitianas Expulsadas vs. Republica Dominicana, del 28 de Agosto de 2014, cuando establece que las autoridades y órganos de un Estado parte de la CADH tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad.

Finalmente, una de las últimas resoluciones más relevantes, sobre el control de convencionalidad es la emitida en el caso Gelman vs. Uruguay (resolución de supervisión de cumplimiento del 20 de Marzo de 2013), la misma que se emite, ante el incumplimiento del Estado Uruguayo de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición que le impuso la CIDH en la sentencia de 2011; en esta resolución la CIDH, es más enérgica,

osada al desarrollar ampliamente el control de convencional, estableciendo el valor fundamental de la jurisprudencia interamericana y la cosa juzgada interamericana; enfatiza que si un Estado, ha sido o no, parte de una caso sometido a la Corte, en el cual se crea jurisprudencia, están obligado a ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la CIDH.

- **Carácter vinculante del control de convencionalidad**

Por su parte el jurista nacional Castillo (2013, en Álvarez y Cippitani, 2013) expresa: “este control de convencionalidad necesariamente ha de ser tenido como un control vinculante, de lo contrario sería imposible que la Corte IDH alcanzase a cumplir con el encargo que la CADH le ha asignado” (p. 314).

Sin embargo, Después de repasar las sentencias más relevantes de la CIDH, en materia de control de convencionalidad, advertimos que la aplicación de dicho control, es un imperativo, una obligación irrefutable y, sobre todo, una imposición, bajo responsabilidad internacional, en caso de incumplimiento; por tanto, todas la autoridades de un Estado, órganos y poderes públicos, atendiendo a sus competencias, están vinculados a interpretar y aplicar la norma interna con el respeto irrestricto de las normas internacionales, jurisprudencia y opiniones consultivas, versados en materia de derechos humanos y, su defecto despejar la norma interna, primando la norma internacional.

La CIDH hace referencia a una relación de coordinación, complemento entre el derecho interno de un Estado y el orden jurídico internacional; sin embargo, es contrario a lo resuelto en sus últimas sentencias, como el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde se aprecia claramente que el control de convencionalidad, más que un deber u obligación es una imposición y, con una evidente supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, al establecer que un estado interno no se debe amparar en su derecho interno para inaplicar las normas de los tratados internacionales. Es palmario que la CIDH actúa como un órgano superior jerárquico que controla el ámbito la validez de la norma interna, más aún si exige que el derecho interno debe ser adecuado al derecho internacional, lo cual implicaría derogación de normas.

Cabe precisar que no tan solo son vinculantes las normas de la CADH, sino también el ordenamiento jurídico internacional que conforman el bloque de convencionalidad. Sobre el este punto, dicho bloque, debiera estar conformado por la CADH, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, así como por los protocolos e instrumentos internacionales que pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Ferrer, 2011, en Carbonell y Salazar, 2011, p. 365). Estos instrumentos jurídicos internacionales versados sobre derechos humanos, son vinculantes a razón de la jurisprudencia establecida por la CIDH, antes aludida.

El control de convencionalidad en el Perú

En el Estado peruano, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, son los Órganos jurisdiccionales de relevancia, máximas instancias en sus ámbitos de competencia, que son los referentes jerárquicos máximos intérpretes de la legislación y la constitución política del Perú, que guían y direccionan el camino aplicativo e interpretativo del orden jurídico, a los inferiores órganos jurisdiccionales; dicho órganos colegiados, no han sido esquivos al tratar de internalizar en sus respectivas jurisprudencias, el control de convencionalidad desarrollado por la CIDH, cada uno con un estilo peculiar.

- Tribunal constitucional (TC)

El TC, en ciertos casos, sometidos a su jurisdicción, ha aplicado un control de convencionalidad a la peruana, puesto que, sinceramente, no cumple con los alcances establecidos por la CIDH, sobre el ámbito de aplicación del control de convencionalidad en el derecho interno.

Siendo ello así, tenemos el caso Panamericana Televisión S.A., tramitado en el expediente. N.º 04617-2012-PA/TC-Lima; en la cual, el TC pretende ejercer un control de convencionalidad, sin embargo, lo aplica incorrectamente, ya que, al aplicar dicho control no se determina cuáles son los derechos fundamentales afectados y cuál es la norma jurídica interna contraria a la convención y, que se va a dejar de aplicar o se le dará un sentido interpretativo conforme a la convención, cuyo análisis no existe; incluso, en dicha sentencia se advierte dos votos en contra de los magistrados quienes cuestionan los argumentos que equiparan el caso bajo análisis a una sentencia emitida por la CIDH (caso Ivcher Bronstein vs. Perú, del 24 de Noviembre de 2009, Supervisión de cumplimiento de sentencias, en cuyo caso se aplicó un control de convencionalidad); sin embargo, los magistrados del TC no han ejercido un correcto control de convencionalidad, ya que, invocar jurisprudencia y normas internacionales no implica *per se* ejercer un control de convencionalidad.

En el caso Santiago Enrique Martin Rivas, signado con el expediente STC 679-2005-PA/TC, el TC inaplica la leyes de amnistía que favorecerían al demandante; en este caso, dicho órgano colegiado, en su *ratio decidendi* hace referencia a las obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y su aplicación al derecho interno, así como, hace referencia a las resoluciones de la CIDH, en la cual se deja sin efecto legal las leyes de amnistía números 26479 y 26492 (Caso Barrios Altos vs Perú y, La Cantuta vs Perú), sin embargo, el Tribunal Constitucional no ejerce, estrictamente, un control de convecionalidad, puesto que, propiamente, no inaplica normas (la CIDH ya había declarado su inaplicabilidad de dichas normas), sino, solamente, ratifica lo afirmado por la CIDH.

En el mismo sentido, se resuelve en los casos: STC 01679-2005-PA/TC y STC 0275-2005-PH/TC, donde se reconocen la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, haciendo referencia al Caso Barrios Altos vs. Perú, donde se enfatiza que la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la

ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Sin embargo, como se puede advertir, dicho órgano constitucional no realiza estrictamente un control de convencionalidad, ya que, simplemente hace referencia a lo desarrollado por la CIDH.

Este Tribunal se ha pronunciado respecto a este tema en la STC N° 5854-2005-AA/TC, estableciendo que “Tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado”; como se puede apreciar el TC no ejerce un verdadero control de convencionalidad, lo que hace es justificar su sentencia con la decisión adoptada por la CIDH.

En la sentencia recaída en el expediente N° 2050-2002-AA/TC, del 28 de Mayo de 2003, el TC desarrolla el derecho al debido proceso, aplicable también a los procedimientos administrativos de carácter disciplinario; señala que el artículo 8 de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH sirvieron para dotar de contenido al artículo 139, inciso 3 del texto constitucional, indicando q esta norma no sólo tiene una dimensión, en sede jurisdiccional, sino que se extiende también a sede administrativa y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos de la CADH. Es evidente que el TC no ejerce un verdadero control de convencionalidad, lo que hace es interpretar la norma constitucional a la luz de la CADH, con el fin de justificar su sentencia, sin embargo, no se advierte incompatibilidades entre la norma interna con la externa, y la prevalencia de la una sobre la otra.

En el caso signado con el expediente N° 0024-2010-PI/TC del 21 de marzo del 2011, el TC, en gran parte desarrolla una dicotomía entre el orden internacional y el nacional, entre la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad versus la Resolución Legislativa 27998; sin embargo, el órgano colegiado, advierte que por el paso del tiempo su cuestionamiento a dicha resolución había prescrito, no obstante, sus efectos siendo inconstitucionales era necesario neutralizarlo y para ello el Tribunal recurre al Control Difuso recurriendo a la norma internacional aludida, para dejar sin efecto dicha Resolución Legislativa. En este caso se advierte, que el Órgano Constitucional, realiza un verdadero control de convencionalidad, sin embargo, no lo expresa concretamente.

- Corte Suprema del Perú

Con respecto a este órgano supremo, se advierte un escaso recorrido sobre la aplicabilidad del control de convencionalidad en sus resoluciones judiciales, sin embargo, interesantes.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emite la sentencia signada con el Expediente N° 4104-2012, del 27 de Septiembre de 2012, en la cual da cumplimiento de la resolución de la Corte del 07 de Septiembre de 2012 (supervisión de cumplimiento de la sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos vs. Perú), calificó como violaciones graves de los derechos humanos a las ejecuciones arbitrarias cometidas por el denominado Grupo Colina; por tanto, anuló su sentencia en parte absolutoria y ordenó emitir una nueva. Sin embargo, los magistrados de corte suprema, no han ejercido un correcto control de convencionalidad, ya que, invocar normas internacionales y jurisprudencia, no implica *per se* ejercer un control de convencionalidad.

Otra sentencia relevante, que incluso premio “Justicia y Convencionalidad”, otorgado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es el caso resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, recaído en el Exp. N°3873-2014, emitido el 2015; en cuya *ratio decidendi*, estableció que el plazo de 90 días para impugnar la paternidad (Art. 400 del Código Civil) resulta lesivo a los derechos constitucionales, al interés superior del niño y al derecho a la identidad biológica, por lo que, es aplicable el Control de Convencionalidad. En esta sentencia se puede apreciar una correcta aplicación del control de convencionalidad.

- Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución política del Perú, concordante con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se interpreta que las normas internacionales, así como sus interpretaciones, sobre derechos humanos, tienen una interacción de coordinación y **complemento con el derecho nacional**, más aún, si tenemos en cuenta que los tratados ratificados por el Perú sobre derechos humanos tiene un rango constitucional, las cuales forman parte del bloque de constitucionalidad. De ello, se desprende, como así lo ha entendido el TC, que realizar un control de constitucionalidad implica ejercer un control de convencionalidad, en coordinación y complemento, es decir, ambas van de la mano; siguiendo los lineamientos establecido por la CIDH, en el caso Gelman vs. Uruguay, bajo el principio de subsidiaridad.

Sin embargo, como se ha advertido, ello no sería así, ya que, la relación de coordinación y de complemento, principio de subsidiaridad, se ve desplazada por la obligación de subordinación o sumisión del derecho nacional al derecho internacional, dada la supremacía jerárquica de esta sobre aquella, rompiéndose el nivel horizontal, en la que ambas, supuestamente, se encontraban y, finalmente, resquebrajándose ese bloque de constitucionalidad; por tanto, control de constitucionalidad y convencionalidad dos cosas distintas, con funciones y ámbitos de aplicación disimiles: uno intenta afirmar la supremacía de la Constitución y el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica (Sagüés, 2011, p. 284).

En nuestro Estado peruano, hemos acogido un sistema dual para control relativo a la defensa del principio de supremacía constitucional, esto es, el llamado control difuso y el control concentrado (Castillo Córdova, 2006, P. 882), ambas son consecuencia de entender a la constitución como norma jurídica suprema. No obstante, Hitters (2009) señala

que “el control de convencionalidad puede definirse a partir de la clasificación típica del control de constitucionalidad (control difuso y control concentrado)” (p. 118). Consecuentemente, el control de constitucionalidad y convencionalidad, acogen el sistema de control centrado y difuso.

La CIDH, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, del 30 de enero de 2014, precisa que la convención no establece un modelo específico a seguir sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad, enfatizando que cada Estado es libre de elegir el modelo conveniente.

El control concentrado. Este sistema se puede definir a partir de tres características; el primero, el control está fijado en un solo órgano, Tribunal Constitucional; el segundo, es principal, no necesita que exista previamente un litigio que este siendo conocido por el tribunal constitucional; el tercero, tiene efectos *erga omnes* (Castillo Cordova, 2006, p. 884).

Este tipo de control se asemeja, a la labor que realiza la CIDH como máximo, último y final interprete de la CADH y otras normas semejantes (de la misma naturaleza protectora de derechos humanos), que consiste en resolver o sentenciar, en casos concretos sometidos a este Órgano Supranacional, si un acto o una normativa de derecho nacional o interno resulta compatible con la CADH, en su defecto, dispone la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas internas, según corresponda, cuyo fin es la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza. Por lo tanto, a nivel internacional, solamente la CIDH realiza un control concentrado de convencionalidad entre la normativa nacional y supranacional.

El control difuso. “El control difuso de la constitucionalidad consiste en la posibilidad de que los jueces de simple legalidad decidan, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, aplicar un dispositivo constitucional en lugar de una ley secundaria o, en otras palabras, decidir sobre la constitucionalidad de leyes secundarias, para la resolución de casos concretos de su competencia” (Garza, 1997, p. 181). Este control, a nivel nacional, lo pueden realizar todos los jueces del Poder Judicial hasta los miembros del TC.

El control difuso de la convencionalidad, se despliega en sede internacional por la propia CIDH y, en sede interna o nacional, cuya labor está a cargo de todos los jueces y autoridades públicas vinculadas o no a la administración de justicia, y, consiste en la obligación de verificar la adecuación y compatibilidad de las normas jurídicas internas, que aplican en casos concretos, a la CADH (y otras normas internacionales de la misma naturaleza), y conforme a las interpretaciones que la CIDH ha desarrollado a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas. Por tanto, en sede nacional e internacional se aplica el control difuso de convencionalidad.

Como se puede advertir, una diferencia resaltante entre control difuso de constitucionalidad y el control difuso de convencionalidad, es que el primero lo aplican solamente los magistrados del Poder Judicial y del TC, en cambio el segundo lo pueden aplicar todos los jueces y autoridades públicas vinculadas o no a la administración de justicia.

- Consecuencias jurídicas de la convencionalización del derecho peruano

Cambios formales y materiales de las fuentes del derecho, cuya norma con mayor jerarquía ya no sería la Constitución Política del Perú, sino las normas internacionales sobre materia de derechos humanos; ello implicaría, que la constitución, como máxima expresión normativa y cúspide jerárquica de nuestro derecho interno pasaría a descender un escalón, pasando a primer nivel las normas internacionales (supremacía normativa de una respecto de la otra); resquebrajándose de esta forma el mismo rango constitucional que tuvieron ambas normas en su oportunidad; y, por tanto, la norma matriz y fuente de validez e inspiración jurídica, así como, productora normativa serían las normas internacionales, no obstante, haciendo la aclaración, que este fenómeno sucede solamente, por ahora, en materia de derechos humanos.

Cambios estructurales, pues se debería crear, en sede nacional, órganos Competentes interpretadores, aplicadores y vigilantes de los tratados de derechos humanos y, dentro de su labor verifiquen la correcta aplicación del control de convencionalidad en el derecho interno, máxime si cada Estado tiene su propia identidad, cultura e idiosincrasia que no es la misma de otros países, situación que debe entender propiamente estos órganos; no obstante, sería imposible que todos los casos ventilados en sede nacional, donde se discuta asuntos relativos a derechos humanos pasen a los organismos internacionales, en su caso a la CIDH.

Afectación, aunque discutible, de la soberanía nacional, ya que, la CIDH puede imponer, disponer, invalidar, etcétera actos o normas nacionales, sobre asuntos contrarios a los intereses del Estado; sin embargo, el Estado tiene la obligación de acatar lo dispuesto por el órgano internacional, bajo responsabilidad internacional; ello siempre fue un problema, como lo reitera Kelsen, el problema de la supremacía del derecho internacional es la soberanía, el cual debe desaparecer, entonces un Estado subordinado al derecho internacional no puede ser soberano (Hans Kelsen, 1960, p. 168).

CONCLUSIONES

La CIDH ha obligado a todos los Estados parte de la CADH y tratados internacionales de la misma naturaleza, a aplicar un control de convencionalidad entre el derecho nacional y el derecho internacional (normas, jurisprudencia y opiniones consultivas) primando esta última sobre la primera, en aras de salvaguardar y obtener una protección efectiva de los derechos y libertades, lo cual nos conlleva a adoptar un Estado peruano de derecho convencional y, obviamente, el desfase del Estado de derecho constitucional, sin soslayar que esta fase de transición genera diversos efectos jurídicos en nuestro derecho interno. Por su parte, el Estado peruano ha reconocido de forma parcial e incipiente la obligación de ejercer un control de convencionalidad, no obstante, nuestros magistrados y todas las autoridades estatales, no tienen las pautas claras de lo que implica actualmente ejercer control de convencionalidad y, para evitar esta confusión y desorden, necesitamos incorporar en nuestra sede nacional el control de convencionalidad como parte de nuestro ordenamiento jurídico a través del legislativo o del constituyente, con el debido respeto al principio de legalidad, donde se indique efectos, parámetros,

competencias o procedimientos bien definidos para la correcta operatividad del control de convencionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. y Cippitani, R. (2013). *Derechos individuales e integración regional*. Roma, México: Instituto Tecnológico de Monterey – Università degli studi di Perugia, pp. 293-342.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Porrúa, p. 71.
- Carbonell, M. y Salazar P. (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.: UNAM, p. 365.
- Castillo, L. (2006). *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, II, pp. 879-901.
- García, D. y Palomino, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18, pp. 223-241.
- García, L. (2016). De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*. *Revista Derecho del Estado*, 36, pp. 131-166.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 28, pp. 123 – 159.
- García, S. (17 de noviembre de 2015). Seminario permanente de análisis de temas o decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos. Segunda jornada pública sobre el tema control de convencionalidad (Archivo de video). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=BJed8Gb9LMo>
- Garza, C. (1997). *Derecho constitucional mexicano*. México: Editorial McGraw-Hill, p. 181.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*. Talca, volumen 7, 2, pp. 109-128.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Argentina: Eudeba.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la facultad de derecho PUCP*, 71, pp. 13-36.
- Sagüés, N. (2011). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Guatemala: Opus Magna Constitucional Guatemalteco, IV, pp. 271-291.