

*Algunos alcances sobre la
constitucionalización del Derecho*

*Some Scope on the
Constitutionalization of Law*

Jelmut Espinoza Ariza* <https://orcid.org/0000-0003-0328-8858>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2441>

* Abogado - Doctor en Derecho. Docente Universitario Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.
Correo Electrónico: jelmut16@hotmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-Non Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Herencias. Óleo sobre lienzo, 150 x 100 cm.
Diego Alcalde, artista plástico peruano (Lima, Perú 1986)
<https://www.instagram.com/diegoalcaldeart/?hl=es>

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla algunos alcances sobre el denominado Constitucionalismo, el mismo que es entendido como una teoría del Derecho que supera el paradigma del positivismo clásico, en el sentido que no sólo se preocupa por seguir el procedimiento establecido de producción de normas jurídicas (aspecto formal), sino también de su contenido, el mismo que se encuentra regulado por principios y valores vinculantes de carácter moral (aspecto material). El objetivo de la investigación es poner de relieve las principales características que presenta el Constitucionalismo, como 1) el de su rigidez para producir reformas a su texto, lo que permite asegurar la perdurabilidad del mismo, así como la supremacía del texto constitucional sobre otras normas; 2) basarse en la unidad de la razón práctica, al admitir que existe un vínculo entre el Derecho y la moral; y 3) el reconocer la distinción entre reglas y principios, y que sobre estos últimos se realiza un juicio de ponderación ante una eventual colisión de derechos. Asimismo, poner en evidencia la forma cómo se ha desarrollado el denominado control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos

Palabras clave: *Constitucionalismo, rigidez constitucional, ponderación, control de convencionalidad.*

ABSTRACT

The present monographic work develops some scope on the so-called Constitutionalism, the same one that is understood as a theory of Law that goes beyond the paradigm of classical positivism, in the sense that it is not only concerned with following the established procedure for the production of legal norms (aspect formal), but also its content, which is regulated by binding principles and values of a moral nature (material aspect). The objective of the investigation is to highlight the main characteristics that Constitutionalism presents, such as 1) its rigidity to produce reforms to its text, which allows to ensure its durability, as well as the supremacy of the constitutional text over other norms; 2) be based on the unity of practical reason, by admitting that there is a link between law and morality; and 3) recognizing the distinction between rules and principles, and that the weighing judgment is made on the latter in the event of a possible conflict of rights. Likewise, highlight the way in which the so-called control of conventionality has been developed in the inter-American human rights system.

Keywords: *Constitutionalism, constitutional rigidity, weighting, control of conventionality.*

I. INTRODUCCIÓN

El paso del iusnaturalismo al constitucionalismo

No cabe duda que la historia de la filosofía del Derecho, como refieren Kaufmann y Hassemer¹ “... es en muchos aspectos, idéntica a la historia del Derecho natural. Es la historia en torno a la cuestión de si podemos extraer pautas y normas de comportamiento humano partiendo de algo indisponible o que no esté sometido al arbitrio humano, esto es, de la Naturaleza”. Esta idea, cuyo origen puede ser rastreado en la Grecia antigua, hace más de dos mil años, sigue todavía vigente, ahora que hemos experimentado el horror de dos guerras mundiales y la constante desviación arbitraria del poder, pese a los controles existentes, como el principio de la separación de poderes. Parece ser que los únicos controles realmente efectivos derivarían de valores morales que radican en categorías metafísicas, antes que de fuentes positivas.

En realidad, la verdadera antítesis no es entre iusnaturalismo y Derecho positivo, sino entre iusnaturalismo e historicismo². El Derecho positivo es un producto del historicismo, y éste, del Derecho natural moderno o iusnaturalismo.

Se puede decir que el iusnaturalismo nace junto con la propia concepción de Derecho. Desde la Grecia clásica –donde a partir de los estudios de Sófocles, Platón y Aristóteles, podemos encontrar un pensamiento coherente sobre el derecho y recomendaciones sobre lo que éste debería contener.

Podemos considerar al Derecho Natural como una “Ley que no emana de la voluntad humana, sino que procede de algo superior, que algunos piensan que es Dios, otros la naturaleza humana, otros la razón³. Lo común a todos ellos, es la creencia que es superior al Derecho Positivo y sirve de fundamento a sus normas.

En la antigua Grecia, se distinguían los términos *Phýsis* (naturaleza) y *nomos* (Derecho). La idea de *Phýsis*, que en principio se refería a la Naturaleza, con contenido de permanente

¹ Arthur Kaufmann, y Winfried Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid: Editorial Debate, 1992), 51.

² *Ibidem*, 52.

³ Máximo Pacheco, *Teoría del Derecho* (4ª ed.) (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990), 431.

y esencial en todos los fenómenos (Sofistas), posteriormente, se unió la idea de lo sagrado y divino (Estoicismo). Surge la *lex naturae* igual a *lex divina*.

Los sofistas, señala Bloch⁴, habían contrapuesto *phýsis* y *nomos*, mientras que los estoicos redujeron esta contraposición a una contraposición entre *phýsis* y *thesis* (norma), para ofrecer la más sorprendente ampliación del concepto de *nomos*. La *phýsis* no fue ya contraposición, sino sinónima de *nomos*, de un *nomos* justo, fundamentado universalmente. Así, se unen de forma duradera los conceptos naturaleza y Derecho en la expresión Derecho natural.

Antiguamente, las discusiones del iusnaturalismo están vinculado al origen de la ley natural. Estas teorías, dominadas por el pensamiento tomista, propugnan una racionalidad moral basada en lo divino, en la religión –en este caso la católica-, lo que caracterizaba la escuela denominada *escolástica*. Asociaba el origen de la ley natural a una voluntad divina, lo que se suele tratar por iusnaturalismo teológico. Esta relación entre ley natural y revelación divina puede ser atribuida en alguna manera a una necesaria vinculación entre ética y religión, lo que está claro en el pensamiento, por ejemplo, de Cicerón, cuando define el derecho natural como la razón correcta, de acuerdo con la naturaleza, la cual es de aplicación universal, inmutable y eterna. Esta ley natural no estaría disponible a los hombres, que la podrían conocer, pero nunca alterarla. Una ley vale para todos los hombres donde quiera que estén y tiene a Dios como único legislador y juez. Atentar contra esa ley natural sería como atentar contra la propia naturaleza humana⁵.

Puede objetarse que el Derecho Natural no existe (**Kelsen**), o que resulta extremadamente difícil desglosar un acuerdo unánime acerca de la idea de qué es lo justo y lo injusto (**Bobbio**). Sin embargo, la apelación a su validez universal ha servido como guía y enderezamiento del Derecho Positivo, en momentos de crisis política y jurídica.

Las tesis iusnaturalistas fueron retrocediendo en el curso de los siglos con el proceso de secularización que se extendió por todos los campos científicos, intelectuales o artísticos posteriores al renacimiento. Este fenómeno social, evidentemente está reflejado en el ámbito jurídico a partir de la alteración en el origen de la ley natural. Esta deja de tener origen divino para ser considerada como algo connatural a los seres humanos y, en seguida, pasa a ser producto de la razón humana. Sin embargo, jamás pierde su cualidad de ley superior, lo cual es imprescindible para mantener la coherencia iusnaturalista.

Es claro que no puede darse un derecho natural cognoscible racionalmente que sea válido para todos los tiempos y todos los hombres, como expresión de un derecho puro de la razón.

⁴ Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana* (Madrid: Editorial Aguilar, 1980), 15.

⁵ Max Moller, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos* (Tesis Doctoral, Burgos, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2008), 26.

Esta concepción absolutista-racionalista ha dado paso a una concepción más pragmática denominada “derecho variable”. Esta tendencia inspirada en el alemán Rudolf Stammler, ha dado origen a una serie de variantes basadas en un Derecho natural con contenido contingente⁶. Quiere decir, se funda en dos naturalezas: una inmutable y otra variable, a la que responden, respectivamente, un Derecho natural inmutable y otro variable. Este Derecho no tiene que ser válido en todo tiempo y bajo cualquier circunstancia⁷.

El periodo de entreguerras sirvió para cuestionar el derecho positivo y reconocer el peligroso carácter neutral y avalorativo que había jugado hasta ese momento el Estado de Derecho liberal frente a las dictaduras emergentes; se subordinó los derechos de los hombres a la arbitrariedad del poder. Cuando el Derecho asume una posición de cientificidad con Kelsen, extraño a toda concepción moral y política, lo que hace es convertir el derecho en una disciplina neutral, incapaz de comprometerse con la política democrática concreta, que desde entonces se expresa en la defensa de la persona y en el respeto a su dignidad, ya que esa ciencia pura termina convirtiendo la técnica del derecho en una ideología al servicio del poder⁸.

El Derecho positivo al depender enteramente del poder, piensa que su validez radica sólo en ella, ante lo cual es posible subvertir el derecho sin que se pueda dar paso al cuestionamiento de leyes arbitrarias, precisamente porque han sido otorgadas por órgano válido. Un ejemplo de esto constituyó el nazismo.

El restablecimiento del Estado de derecho luego de la segunda guerra mundial, quedó teñido de un aura iusnaturalista, caracterizado por dos elementos: a) otorgar a la persona humana y a su dignidad una posición central en la Constitución, asignándole a ésta un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder; lo cual significó fortalecer el proceso político, de forma libre y activo; b) el Estado se refunda no sólo en el principio de la legalidad, ni en el principio social, sino también en el principio político-democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho⁹.

⁶ Emilio Serrano Villafane, *Concepciones iusnaturalistas actuales* (Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª ed, 1977), 147.

⁷ Arthur Kaufmann, y Winfried Hassemer (1992), op. cit. 82.

⁸ Jürgen Habermas, Ciencia y técnica como ideología, citado en: César Landa, “Dignidad de la persona humana”, *Revista Cuestiones constitucionales* 7, julio-diciembre (2002): 116.

⁹ César Landa, op. cit., 117.

II. LA GARANTÍA DE RIGIDEZ DE LAS CONSTITUCIONES

Después de la segunda guerra mundial se produce una transformación cultural del rol de las Constituciones, ocurre el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional. Como refiere Luigi Ferrajoli: “Los primeros textos constitucionales, comenzando por la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, fueron documentos esencialmente políticos, cuya naturaleza de leyes positivas incluso resultaba incierta”¹⁰. Sin embargo, su contenido, dado su carácter de derechos naturales e imprescriptibles, considerados “principios de justicia inscritos en la Declaración, una vez estipulados, habían dejado de ser principios de Derecho natural, para transformarse en principios de Derecho positivo, que imponían al sistema jurídico y político su respeto y su garantía”¹¹.

Este paso no fue inmediato y ni se llevó a cabo de forma manifiesta, pues, hasta mediados del siglo XX, las constituciones eran consideradas simples leyes, sujetas a modificaciones que incluso resultaban violatorias de su propio texto. Es entonces que se introduce las garantías de rigidez de las constituciones, lo que permite cambiar la estructura de los sistemas jurídicos. Políticamente, la rigidez constitucional asegura la perdurabilidad del texto, y jurídicamente, establece la supremacía del texto constitucional sobre otras normas¹². De esta forma, “se dificulta el procedimiento para modificar válidamente las disposiciones constitucionales con lo cual se intenta asegurar la permanencia efectiva de la Constitución”¹³.

La rigidez efectiva de una Constitución va a depender de una combinación de exigencias jurídico-formales (vr. gr. el porcentaje o número de mayoría exigida para la reforma) y de circunstancias políticas (vr. gr. el sistema de partidos políticos o el rol que juegan los movimientos políticos)¹⁴. Desde una perspectiva de la Constitución formal, la forma constitucional del sistema jurídico político se encauza bajo las siguientes condiciones: “i) el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; ii) el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario, o lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria; iii) la Constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes”¹⁵. Aunque cier-

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo* (México: Fontamara, 2004), 257.

¹¹ *Ibidem*, 257.

¹² Sergio Díaz Ricci, “Rigidez constitucional. Un concepto toral”, en *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria* (Tomo IV, Vol. 1) Coords. Miguel Carbonell, Héctor Fix, Luis Gonzáles y Diego Valadés (México: Universidad Autónoma de México, 2015), 551.

¹³ *Ibidem*, 552.

¹⁴ Josep Regla Aguiló, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Revista Doxa* 24 (2001): 441.

¹⁵ *Ibidem*, 441.

tamente, y en esto coincido con Atienza, el Derecho constitucional se caracteriza también por su contenido valorativo y sus rasgos sustanciales que implica el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales¹⁶.

En el caso de nuestra legislación, la Constitución de 1993 sigue este procedimiento agravado de reforma, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 206°: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum”. Asimismo, dispone que “Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas” (87 votos).

El Tribunal Constitucional ha precisado muy bien todo lo relacionado al proceso de reforma constitucional (STC 000014-2002-PI/TC), señalando que el mismo presenta límites formales y materiales, que tanto el poder constituido (el Congreso en sus legislaturas) como el poder constituyente (el pueblo en un referéndum) deben respetar. Dentro de los límites formales se encuentran los órganos con facultades expresas y el procedimiento para realizar dicha reforma. Dentro de los límites materiales se encuentran aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por el poder reformador de la Constitución, como es el caso de la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona (art. 32° de la Carta).¹⁷

III. EL CONSTITUCIONALISMO.

Ante este cambio en la concepción de la Constitución, se acuña el término Constitucionalismo (aunque hay una tendencia que le incorporan el prefijo neo), con la cual se identifica una doctrina filosófica acerca del derecho, que si bien tiene diversos matices, todas ellas se identifican con el hecho de que en la cúspide de su estructura se encuentran principios de carácter moral que irradia todo el ordenamiento jurídico¹⁸.

¹⁶ Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Colegio de Abogados de Pichincha Jurídica* 3 (2019), 78. Atienza afirma que Ferrajoli “niega que el Derecho del Derecho Constitucional se caracterice también por sus rasgos sustantivos, valorativos (...); siendo que sus prejuicios positivistas le llevan a definir los derechos fundamentales en términos puramente formales, avalorativos, y a negar que tenga sentido incluso plantearse la pregunta del fundamento (moral) de los derechos: ‘los valores morales y políticos últimos no se demuestran (...) simplemente se elige, se postulan y se defienden’”.

¹⁷ Rafael Rodríguez Campos, “la reforma constitucional en el Perú”, *La Ley*, <https://laley.pe/art/8742/la-reforma-constitucional-en-el-peru>

¹⁸ Susanna Pozzolo, “Neoconstitucionalismo”, *Revista Eunomia* 11 (2017): 144.

El constitucionalismo supera el paradigma del positivismo clásico en el sentido que no sólo se preocupa por seguir el procedimiento establecido de producción de normas jurídicas (aspecto formal), sino también de su contenido, el mismo que se encuentra regulado por principios y valores vinculantes de carácter moral (aspecto material)¹⁹. Si en un primer momento, con el nacimiento del Estado moderno se afirma de manera revolucionaria el principio de legalidad para evitar los abusos del poder (imposición de sanciones arbitrarias fuera de la ley), identificándose la validez de las leyes con su positividad; después de la segunda guerra mundial, se produce un segundo momento revolucionario con la rigidez de sus instituciones, manifestándose “la sujeción de la ley a todos los poderes, incluso el de la mayoría -que se subordina también él- al derecho, más precisamente a la Constitución, y no sólo en cuanto a las formas y a los procedimientos de formación de las leyes, sino también en cuanto a sus contenidos”²⁰.

En la Constitución se consolida el proyecto jurídico y político de todo Estado democrático de derecho. “Esta ya no consiste simplemente en su dimensión política proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en su dimensión sustancial que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales”²¹.

Antes de la segunda guerra mundial, los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, en adelante la ley sólo es válida en el marco de los derechos fundamentales. En el nuevo Estado constitucional, encontramos el valor dignidad humana elevado a principio, y convertido en la principal premisa antropológica a partir del cual se construye un entramado de principios, valores y derechos fundamentales, con carácter de imprescriptibles e inalienables capaces de limitar la actuación arbitraria de las personas y del Estado. Bajo este contexto, el iusnaturalismo se funde en el constitucionalismo.

Las normas jurídicas se tornan insuficientes para justificar acciones y decisiones que los jueces toman en los casos de índole constitucional. Es así que “una decisión estará justificada siempre y cuando se fundamente en un conjunto de principios morales de los que se derivan los derechos fundamentales”²². Coincido con Carlos Nino cuando afirma que: “Las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la Constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo* (México: Fontamara, 2004), 259.

²⁰ Luigi Ferrajoli, op. cit. 259.

²¹ *Ibidem*, 261.

²² Leopoldo Gama Leyva, “El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicancias para la práctica judicial”, *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* 1, N° 8 (2011): 236.

autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales”²³. Siendo éste el último nivel de justificación de las decisiones jurídicas, y que en cierto sentido determina el alcance del principio democrático en lo político, pues, es evidente “el vínculo entre la esfera de la moral y la política (retornamos a Aristóteles), que se da mediante el paso del discurso moral a la democracia”²⁴.

Se experimenta una serie de cambios en la concepción del Derecho que inciden no sólo en las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino también en las relaciones entre los ciudadanos; desde esta nueva perspectiva, el contenido del orden jurídico se subordina al orden constitucional; siendo que:

el orden jurídico legítimo ya no será aquel que simplemente respeta los derechos, sino aquel que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una razonable ponderación de bienes y principios constitucionales; de forma que la discrecionalidad no podrá interpretarse ya como ausencia de guía normativa, sino más bien como ese tipo específico de deberes que denominamos responsabilidades²⁵.

Pero, el constitucionalismo, como bien enfatiza Susanna Pozzolo, también se caracteriza por proponer varias dicotomías: “i) principios vs. reglas, ii) ponderación vs. subsunción, iii) constitución vs. independencia del legislador”²⁶. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por su dimensión de peso, convertidas en razones que guían hacia un resultado o decisión que deben ser balanceadas con otras razones equiparables; mientras que las reglas son normas que se aplican en la forma de todo o nada. La ponderación se aplica al colisionar dos principios, y se descompone en tres pasos: “En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio (adecuación). A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario (necesidad). En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro (proporcionalidad en sentido estricto)”²⁷.

Dentro de este contexto, el juez constitucional “pondera con cierta libertad la solución del caso, averigua el peso respectivo de los principios en contienda a la luz de las circunstancias particulares del caso, y mediante ese método, descubre con gran objetividad lo que la Constitución exige como solución”²⁸.

²³ *Ibidem*, 236-237.

²⁴ *Ibidem*, 238.

²⁵ Josep Regla Aguiló (2001), *op. cit.* 455.

²⁶ Susanna Pozzolo (2017), *op. cit.* 145.

²⁷ Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional* 11, enero-junio (2009): 8-9.

²⁸ Juan García Amado, “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”, *Revista Documentación Administrativa* 280-281 (2008): 28.

IV. EL SISTEMA MONISTA Y LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO INTERNO

Cuando el Juez se enfrenta ante una situación en la que tiene elegir el derecho interno o el derecho internacional, resulta relevante conocer primero como es que nuestra Constitución regula la incorporación de los instrumentos internacionales, pero de manera particular, los tratados de derechos humanos. En segundo lugar, resulta relevante cuál es el rango que nuestra Constitución le otorga al derecho internacional.

En ese sentido, en cuanto al primer aspecto, existen dos teorías: la teoría dualista y la teoría monista. Bajo la teoría dualista, “para que una norma de fuente internacional pudiera tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, es necesario un expreso acto de transformación legislativa, esto es, una ley que ‘rescriba’ el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes”²⁹. Contrariamente, bajo la teoría monista, tanto el ordenamiento interno como el internacional: “se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales”³⁰.

Nuestro ordenamiento jurídico sigue el sistema monista. Así se advierte de lo establecido en el artículo 55° de la Constitución, que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. De esta forma, bajo la cláusula señalada los tratados internacionales “se integran de forma automática, luego de haber sido ratificados por los estados cuando concluya el proceso de perfeccionamiento según la normatividad interna e internacional, momento en el cual el tratado tiene eficacia directa y su aplicación inmediata debe ser respetada por los operadores jurídicos”³¹.

Esta regla internacional, conocida como “international law is a part of the law of the land”, que quiere decir, que el derecho internacional es parte del derecho del país, fue acuñada por la jurisprudencia sajona, sin embargo, en este lado del continente fue formulada por primera vez por el Juez Marshall: quien la aplicó en los asuntos del *Charming Betsy* (1804), al afirmar:

‘Una ley del Congreso no debe nunca interpretarse en el sentido que viole el derecho internacional si queda alguna otra posible interpretación’; y del *Nereida* (1815), donde señala: ‘la Corte está obligada por el derecho internacional que es derecho del país’; resueltos ambos por

²⁹ Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH* 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004): 73.

³⁰ *Ibidem*, 73.

³¹ Víctor Montoya y Raúl Feijóo, “El rango de los tratados sobre Derechos Humanos”, *Ius et Veritas* 50, (2015): 320.

la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. En forma posterior, en el asunto El Paquete Habana (1907) la Suprema Corte mantuvo la misma línea al señalar: ‘El derecho internacional es parte de nuestro derecho’³².

En cuanto al segundo aspecto, relacionado con el rango o jerarquía que nuestra Constitución le otorga al derecho internacional, es de precisar que la Constitución de 1979, era mucho más clara al respecto. El artículo 101° estableció que los tratados en general tenían rango legal, y que en caso de conflicto entre la ley y un tratado prevalecía éste último. Asimismo, el artículo 105° reconoció expresamente el rango constitucional de las normas referidas a derechos fundamentales contenidas en tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.³³

En cambio, la Constitución de 1993, guarda un absoluto silencio sobre la jerarquía de los tratados. No existe una cláusula, como la de la Carta de 1979, que establezca la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con ésta; tampoco existe una norma, como la Carta de 1979, que confería rango constitucional a los derechos consignados en los pactos internacionales sobre derechos humanos; lo cual parecería interpretarse que atribuye jerarquía meramente legal a cualquier tratado³⁴.

Pero esta interpretación debe ser negada. La solución a este vacío lo otorga la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que señala:

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.

El Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que “si los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional” (STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 33)³⁵. Claro que existen otras legislaciones que consideran los tratados internacionales como superiores a su Constitución (es el caso de Guatemala o de Honduras), o de rango inferior a su Constitución: Supralegal (es el caso de Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia o Paraguay) y legal (es el caso de los Estados Unidos de América y de Uruguay).³⁶

³² Horacio Andaluz, “El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* XV, Montevideo (2009): 32.

³³ Francisco Eguiguren, “Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”. *Revista Ius et Praxis* 9, N° 1 (2003), acceso el 08-07-2022. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100009

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Tribunal Constitucional, Exp. N°s. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC Lima; Asunto: Colegio de Abogados de Arequipa y otro, de fecha 25-04-2006.

³⁶ Humberto Henderson, *op. cit.* 79-81.

V. EL SISTEMA DE CONVENCIONALIDAD

Cuando un Estado ratifica un tratado o un instrumento internacional de Derechos Humanos, los jueces y todo agente estatal nacional, están sometidos a su autoridad jurídica, teniendo la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. En ese sentido, el deber de respeto implica como obligación negativa, la no violación de los derechos humanos; mientras que el deber de garantía implica como obligación positiva, “que las autoridades tomen las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos”³⁷.

Ahora, el cumplimiento y el hacer cumplir los tratados derechos humanos se lleva a cabo en el marco de dos esferas de control: 1) por una parte, tenemos el llamado control concentrado de convencionalidad, que lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos al poseer competencia -otorgada por la Convención Americana de Derechos Humanos-, para interpretar y aplicar los dispositivos contenidos en dicho instrumento; 2) de otra parte, tenemos el denominado control difuso de convencionalidad, que lo realizan las autoridades nacionales de los Estados que han firmado la Convención Americana, así como la competencia de la Corte Interamericana para conocer de estos asuntos³⁸.

Esta categoría “control de convencionalidad”, fue utilizada por primera vez por el ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en una serie de votos razonados. El primero de estos votos razonados, fue el del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Pero, la primera vez que la Corte Interamericana como ente colegiado, utiliza el término control de convencionalidad, lo hace en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

En esta última sentencia, la CIDH señala lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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”

³⁷ Karla Quintana Osuna, “El control de convencionalidad: Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano. Retos y perspectivas”, (Tesis para optar el grado de doctora en Derecho. Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2017), 17.

³⁸ Laura Camarillo Govea y Elizabeht Rosas Rábago, “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”, *Revista IIDH* 64 (2016): 129-130.

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 (párr. 124).

El control de convencionalidad debe ser realizada en primera instancia por los jueces nacionales, siendo subsidiaria la intervención de la Corte Interamericana, pues, para llegar a esta instancia, previamente se debe agotar “*los recursos de jurisdicción interna*” (artículo 46.1.a de la Convención). Asimismo, precisar, conforme lo ha destacado el Tribunal Constitucional, cuando la judicatura doméstica realiza control de convencionalidad, no sólo lo hace respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, lo puede hacer respecto de cualquier instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el país: “tratados, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH”³⁹.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en su caso, verifican en un primer momento la constitucionalidad de una norma, bajo el denominado control de constitucionalidad; pero en un segundo momento, ejercen un *control de convencionalidad*, que no es otra cosa más que “la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH”⁴⁰.

Nuestros tribunales no han sido ajenos a la realización de este tipo de control denominado convencionalidad. La Corte Suprema, en la Casación N° 194-2014 Ancash, ha realizado control de convencionalidad sobre la condena del absuelto. En efecto, tras haberse emitido sentencia absolutoria por parte del Primer Juzgado Unipersonal de Huaraz (18-11-2013), a favor del acusado Mohamed Raúl Salazar Eugenio, el representante del Ministerio Público apela el fallo, ante lo cual la Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Ancash, emite sentencia de vista con fecha 10 de marzo de 2014, por el cual Revoca la sentencia apelada y lo Condena como cómplice por el delito contra la Administración Pública -Peculado doloso por apropiación-, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huaraz. La defensa del imputado interpone recurso de Casación, argumentando, entre otros aspectos, que no se la ha garantizado el derecho de acceder a un recurso que revisara su sentencia condenatoria, el mismo que goza de protección internacional que vincula al Perú. Al respecto, la Corte Suprema, siguiendo una sentencia anterior (Casación N° 385-2013 San Martín), señala:

³⁹ Tribunal Constitucional, Exp. 04617-2012-PA/TC Lima, Asunto: Panamericana Televisión S.A., de fecha 12-03-2014, F.J. 14.

⁴⁰ *Ibidem*, F.J. 5.

Cabe hacer mención que la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia es condenado, de su derecho a impugnar, pues el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es claro al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado⁴¹.

En ese sentido, la Corte Suprema siguiendo lo establecido en el artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que dicha norma “es una regla en tanto manda de modo definitivo que cuando se verifica el presupuesto de hecho consistente en una declaración de responsabilidad penal, una sentencia condenatoria; se desencadena una consecuencia jurídica consistente en que se pueda cuestionar, impugnar, esa condena ante un tribunal superior. En pocas palabras, el procesado tiene derecho a cuestionar el fallo condenatorio ante un tribunal superior”⁴². Luego agrega la Corte Suprema: “En el fondo no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el juzgador tenga facultades amplias de control”⁴³. Cosa que en el presente caso no ocurre, dado que nuestra legislación procesal no contempla un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto, ni tampoco contempla la existencia de una sala revisora que realice el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia. En consecuencia, ante dicha falencia, la Corte Suprema considera que nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal relacionado con la no existencia de un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, por lo que la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio en el proceder (*vicio in procedendo*).

⁴¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación N° 194-2014 Ancash, de fecha 27-05-2015, F.J. 4.4.

⁴² *Ibidem*, F.J. 4.7.

⁴³ *Ibidem*, F.J. 4.8.

VI. CONCLUSIONES

1. La garantía de rigidez de la Constitución se entiende como la resistencia que ofrece todo sistema constitucional a las presiones de modificación que provienen del entorno social, político o económico; lo que desde una perspectiva política, permite asegurar la perdurabilidad del texto, y desde una perspectiva jurídica, establece la supremacía del texto constitucional sobre normas de rango inferior; dificultando el procedimiento para modificar válidamente las disposiciones constitucionales con lo cual se intenta asegurar la permanencia efectiva de la Constitución.
2. El Constitucionalismo es una doctrina filosófica del derecho que no sólo exige seguir el procedimiento establecido de producción de normas jurídicas (aspecto formal), sino que también regula su contenido, el mismo que se encuentra regulado por principios y valores vinculantes de carácter moral (aspecto material).
3. Nuestro ordenamiento jurídico sigue el sistema monista respecto a la forma cómo se incorporan los instrumentos internacionales de derechos humanos en nuestro derecho interno; ambos se interconectan constituyendo un único sistema jurídico estrechamente relacionado, de tal forma que los tratados internacionales se incorporan de forma automática, luego de haber sido ratificados por los Estados, convirtiéndose en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales. Teniendo el derecho internacional el mismo rango que la Constitución.
4. El control de convencionalidad lo realizan los jueces nacionales, bajo el llamado control difuso de convencionalidad y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el llamado control concentrado de convencionalidad, que consiste en respetar y garantizar los derechos humanos en el caso concreto, al que se encuentran obligados por el tratado de derechos humanos que el Estado nacional ha ratificado; ejerciendo así un control entre las norma internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en general de cualquier instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el país: “tratados, ius cogens o jurisprudencia de la Corte IDH.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional* 11, enero-junio (2009): 3-14.
- Andaluz, Horacio. “El derecho internacional en el sistema de fuentes: propuesta de artículos para la nueva Constitución de Bolivia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XV*, Montevideo (2009): 15-43.
- Atienza, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. Colegio de Abogados de Pichincha, *Jurídica* 3 (2019): 59-101.
- Bloch, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980.
- Camarillo Govea, Laura y Rosas Rábago, Elizabeht. “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”. *Revista IIDH* 64 (2016): 127-160.
- Díaz Ricci, Sergio. “Rigidez constitucional. Un concepto toral”, En *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria* (Tomo IV, Vol. 1), Coords. Miguel Carbonell, Héctor Fix, Luis Gonzáles y Diego Valadés, 551-587. México: Universidad Autónoma de México, 2015.
- Eguiguren, Francisco. “Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”. *Revista Ius et Praxis* 9, N° 1 (2003). Acceso el 08 de julio del 2022. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100009
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.
- Gama Leyva, Leopoldo. “El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicancias para la práctica judicial”. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* 1, N° 8 (2011): 223-258.
- García Amado, Juan. “Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites”. *Revista Documentación Administrativa* 280-281 (2008): 11-41.
- Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista IIDH* 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004): 71-99.
- Josep Regla Aguiló, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Revista Doxa* 24 (2001): 429-458.
- Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992.
- Landa, César. “Dignidad de la persona humana”. *Revista Cuestiones constitucionales* 7, Julio-diciembre (2002): 109-138.
- Moller, Max. *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2008.
- Montoya, Víctor y Feijóo, Raúl. “El rango de los tratados sobre Derechos Humanos”. *Ius et Veritas* 50 (2015): 314-343.

- Pacheco, Máximo. *Teoría del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 1990.
- Pozzolo, Susanna. “Neoconstitucionalismo”. Revista *Eunomía* 11 (2017): 142-151.
- Quintana Osuna, Karla. “El control de convencionalidad: Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano. Retos y perspectivas”. *Tesis* para optar el grado de doctora en Derecho. Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Ciudad de México 2017.
- Rafael Rodríguez Campos, “La reforma constitucional en el Perú”, *La Ley*. Acceso 10 de julio de 2022 <https://laley.pe/art/8742/la-reforma-constitucional-en-el-peru>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, *Casación* N° 194-2014 Ancash, de fecha 27-05-2015.
- Serrano Villafane, Emilio. *Concepciones iusnaturalistas actuales*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª ed., 1977.
- Tribunal Constitucional, Exp. N°s. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC Lima; Asunto: Colegio de Abogados de Arequipa y otro, de fecha 25-04-2006.
- Tribunal Constitucional, Exp. N.° 04617-2012-PA/TC LIMA; Asunto: Panamericana Televisión S.A., de fecha 12-03-2014.

RECIBIDO:16/08/2022

APROBADO: 25/09/2022