

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS



***EL TEST DE CONVENCIONALIDAD: UN PRECEPTO COMO CONSECUENCIA
DE LA SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA, PERÚ, 2013.***

Tesis presentada por

Julio Martín Fernández Huaranca.

*Para obtener el Título Profesional de
Abogado.*

AREQUIPA – PERÚ

2014

“Los tiempos felices en la humanidad son las páginas vacías de la historia.”

Leopold von Ranke



A Dios.

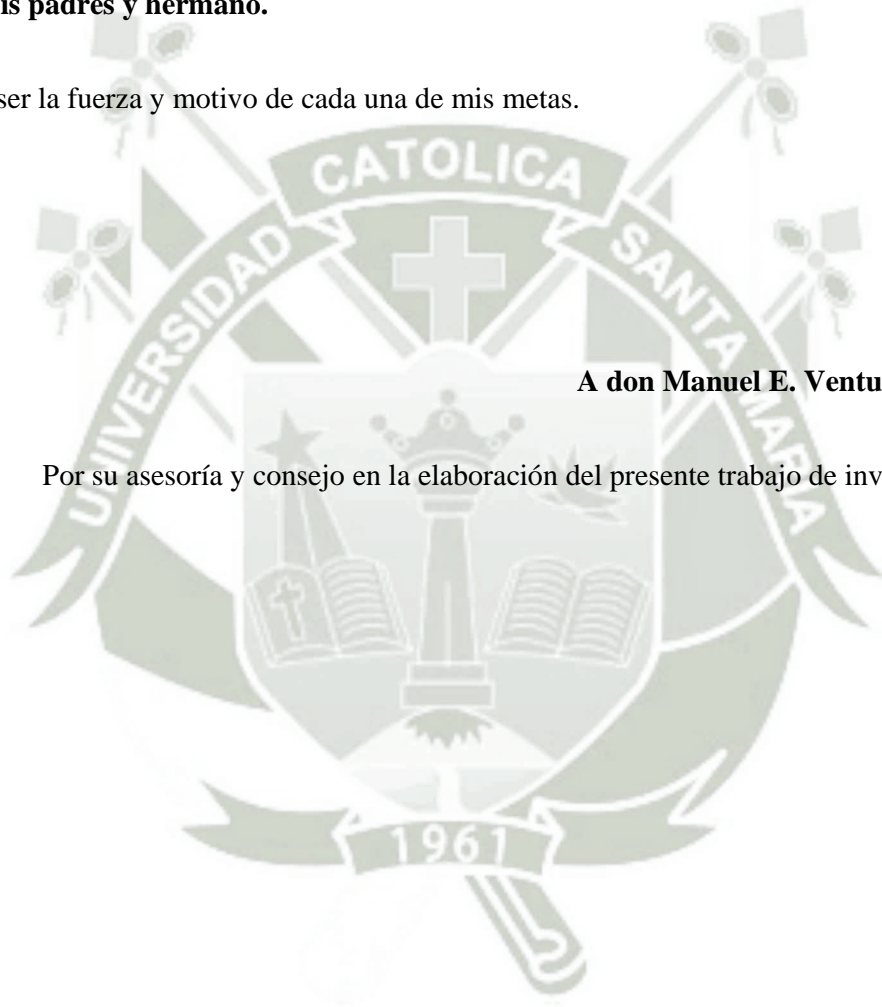
Por la perfección de su tiempo.

A mis padres y hermano.

Por ser la fuerza y motivo de cada una de mis metas.

A don Manuel E. Ventura Robles.

Por su asesoría y consejo en la elaboración del presente trabajo de investigación.



INTRODUCCIÓN

El mejor conocimiento no es el que se aprende, sino el que está por venir, cuyo germen yace en instituciones y conceptos que se toman como acabados, en lúdicas imaginaciones que creen que es posible pensar de otra forma y que, de manera inédita, muestran ese conocimiento quizá fluido, apacible y llevadero, o bien farragoso, revoltoso y desgarrador, pero en ambos casos siempre novedoso y con aspiraciones a alcanzar la realidad; tal y como se pretende en este trabajo de investigación.

En ese sentido, la presente tesis tiene como objetivo primordial, desarrollar de manera detallada el test de convencionalidad, figura jurídica que de por sí implica la creación de categorías dogmáticas completamente nuevas, en razón de establecer la supremacía de la Convención como norma controladora sobre cualquier disposición de derecho interno (incluso la Constitución), dejando en el olvido interpretaciones enraizadas especialmente en nuestro ordenamiento y revolucionando la teoría de las fuentes del Derecho.

Dicho esto, y aunque parezca brusca la afirmación, el también llamado control de convencionalidad es de obligatorio cumplimiento para los Estados partes de la Convención Americana, por lo que su inaplicación y más específicamente su contravención acarrearán indefectiblemente la Responsabilidad Internacional del Estado infractor por la violación a los derechos humanos. Así y por la relevancia del tema en mención, resultaría lógico pensar que la figura jurídica bajo análisis es harto conocida en nuestro país, sin embargo y yendo contra todo lo ya mencionado, el Perú es uno de los países con más alto grado de desconocimiento en cuanto al control de convencionalidad se refiere, lo que a primera vista resulta irónico, pues nuestro país ya ha sido condenado internacionalmente por la violación e incumplimiento de dicho control.

En base a estos preceptos y al poco entendimiento que existe tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia nacional, respecto al tema aquí planteado, considero necesario, a través del presente trabajo de investigación, delimitar en principio el origen de este test de convencionalidad, para luego observar su aplicación y la manera en que nuestro ordenamiento debe efectivizarlo; pues como en la parte ultima se desarrollará, el común desconocimiento existente respecto a este tipo de control pone de por si a nuestro país bajo un riesgo potencial, que cada vez adquiere mayor relevancia y que de ignorarlo, veremos una vez más al Perú condenado internacionalmente por el incumplimiento de las obligaciones que impone el control de convencionalidad.



RESUMEN

El test de convencionalidad llamado también control de convencionalidad, es una técnica de control normativo, que en los últimos años a raíz de una serie de casos llevados ante la Corte Interamericana, ha logrado tomar gran relevancia, pues si bien el cumplimiento de este test nació como una obligación propia de la Convención Americana, su aplicación hasta hace poco no estaba delimitada, circunstancia que ha ocasionado una gran controversia, principalmente a nivel doctrinario, pues no existe consenso a la hora de analizarlo.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación plantea resolver las dudas respecto del Test de Convencionalidad, así como específicamente la incertidumbre de su aplicación, todo ello en base a un estudio exhaustivo de las sentencias en las que la propia Corte Interamericana ha desarrollado el tema.

Dicho esto el Primer Capítulo del presente trabajo está orientado a delimitar cuales fueron los antecedentes que dieron forma al denominado control de convencionalidad, para luego analizar, como es que este test llegó a la zona interamericana a través de la Convención; puntos ambos cuyo desarrollo nos podrá abrir camino para la delimitación del concepto de esta figura jurídica.

Por su parte en el Segundo Capítulo, se desarrollará cuáles son los fundamentos y base jurídica contenidos en la Convención Americana que dotan de naturaleza obligatoria al Test de Convencionalidad, para luego en base a dichos fundamentos y al análisis de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, disipar cualquier tipo de duda en cuanto a su aplicación a través del establecimiento de un bloque de convencionalidad, para luego rebatir cualquier tipo de posición en contra del tema aquí planteado, y demostrando la

importancia y trascendencia que esto significa para nuestro país, pues los parámetros aquí desarrollados no son indiferentes a la realidad peruana,

Precisamente la realidad de nuestro Estado será objeto de análisis en el Tercer Capítulo, ello debido a que como se verá, nuestro Estado lamentablemente, ha sido condenado, en varias oportunidades, por el incumplimiento de este tipo de control, circunstancia que se viene repitiendo hasta la actualidad, por el amplio desconocimiento de esta figura por parte de todos los órganos jurisdiccionales de nuestro país y que hacen inminente una vez más, de no cambiar la situación, que el Estado peruano sea una vez más responsable internacionalmente por la violación a los derechos humanos

Por último, el Cuarto Capítulo de este trabajo investigativo constituye el colofón de todo el análisis previo realizado, pues como se verá el tema planteado es el de un nuevo surgir o amanecer en la Teoría de las Fuentes del Derecho, poniendo en la cúspide jerárquica, en lo que a derechos humanos se refiere, a la Convención Americana.

ABSTRACT

The Conventionality Test, also known as Conventionality Control, is a normative control technique, which has become of great importance in the last years thanks to several cases presented before the Inter-American Court. Even though the accomplishment of this test was created as an obligation of the American Convention, its application was not limited, a situation that created a great controversy, mainly at the doctrinaire level, because there is no consensus at the time of being analyzed.

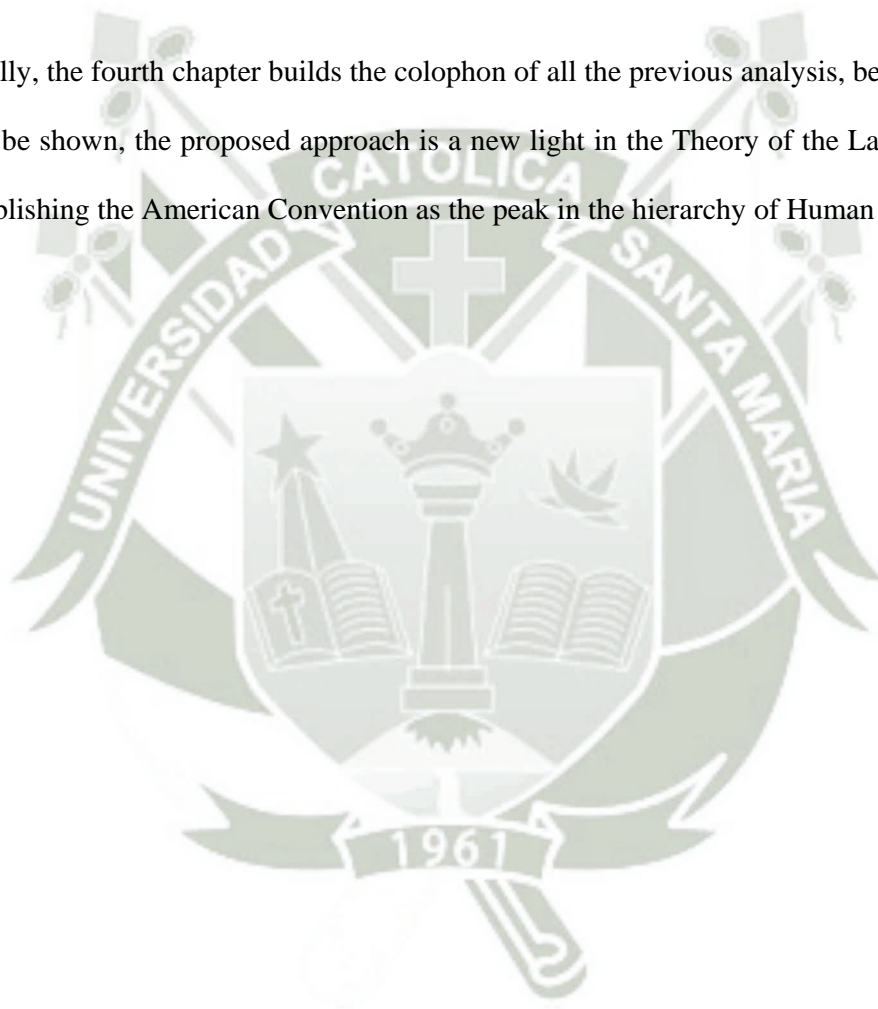
In that sense, the present research work proposes how to solve the doubts related to the Conventionality Test, specifically the uncertainty of its application, all of that based on an exhaustive study of the judgments in which the Inter-American Court has used the mentioned test.

Said this, the first chapter of this thesis is dedicated to identify the background that originated the Conventionality Control, analyzing after this, how this test arrived to the Inter-American zone thanks to the Convention. Both of this points could show us the path for the delimitation of the concept of this legal figure.

Meanwhile, the second chapter presents the fundamentals and the legal bases contained in the American Convention that give the Conventionality Test its mandatory nature. After this, these fundamentals and the analysis of the judgments issued by the Inter-American Court are used to dissipate every doubt regarding its application, through the establishment of a block of conventionality to refuse any position against the proposed approach, showing the importance and transcendence of this particular topic for our country, because the parameters developed here are not indifferent to the Peruvian actuality.

Precisely, our government will be matter of analysis in the third chapter, mainly because our government was regrettably convicted, several times, by the noncompliance of this kind of control. Furthermore, this circumstance is being repeated nowadays because of the wide lack of knowledge of this figure by the judicial organs in our country; a situation that turns it imminent, if everything remains the same, that the Peruvian government will be internationally responsible for the violation of human rights, again.

Finally, the fourth chapter builds the colophon of all the previous analysis, because, as it will be shown, the proposed approach is a new light in the Theory of the Law Sources, establishing the American Convention as the peak in the hierarchy of Human Rights.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
RESUMEN	6
ABSTRACT.....	8
MARCO TEÓRICO	12
CAPÍTULO I: “EL TEST DE CONVENCIONALIDAD: ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONCEPTO”	12
1. ANTECEDENTES	12
2. ORIGEN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD.....	19
3. DEFINICIÓN	24
CAPÍTULO II: “GENERALIDADES Y RELEVANCIA DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD”:.....	26
1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN QUE DAN ORIGEN AL TEST DE CONVENCIONALIDAD.....	26
2. APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA	29
3. PARÁMETRO DE CONTROL: ALCANCES Y LÍMITES DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD.....	36
4. POSICIONES EN DISCORDIA.....	43
5. RELEVANCIA DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD	46
CAPÍTULO III: “ANÁLISIS Y APLICACIÓN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ”	50
1. PERÚ, UN ESTADO COMPROMETIDO CON EL CUMPLIMIENTO DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD	50
2. OPORTUNIDAD DE APLICACIÓN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA.....	52
3. INCUMPLIMIENTO DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS.....	54
CAPÍTULO IV: “UN NUEVO AMANECER EN LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”	58

1. SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA VERSUS LA CONSTITUCIÓN: DUELO DE TITANES	58
2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS JUECES A NIVEL INTERNO: SUBORDINACIÓN O PREFERENCIA.....	62
3. INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA: “UN MODELO DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS”	65
CONSLUSIONES	71
PROPUESTA NORMATIVA	74
BIBLIOGRAFÍA	97
ANEXOS	109



MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: “EL TEST DE CONVENCIONALIDAD: ANTECEDENTES, ORIGEN Y CONCEPTO”

1. ANTECEDENTES

En primer lugar debemos señalar que cuando se habla del término test de convencionalidad la denominación pareciera ser novedoso, y en realidad lo es en esta parte del hemisferio, sin embargo en Europa, ya había sido utilizado a la hora de hablar del Derecho Comunitario¹, e incluso el término en mención fue tomado en cuenta por la doctrina francesa²; así por ejemplo, como un antecedente respecto de la aplicación de un Control o Test de Convencionalidad es necesario citar uno de los casos más emblemáticos en esta materia, y que precisamente no fue tratado en esta parte del hemisferio, estamos hablando del caso *Administration des finances italiennes contra Simmenthal*, del 9 de marzo de 1978, del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea), corte que atribuyo la condición de jueces de derecho común del derecho comunitario, a los jueces nacionales, especificando que aquel control no debe quedar exclusivamente a conocimiento de las Cortes Constitucionales, referencia que me permito citar:

¹ “El término control de convencionalidad se aplica en el derecho comunitario europeo y se refiere a la inaplicación de la norma nacional por parte de la jurisdicción nacional cuando esa disposición contraviene una norma comunitaria europea, por el juego del principio de primacía del Derecho Comunitario”. JIMENA QUESADA, Luis. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?”. VIII Congreso de la ACE, Derecho constitucional Europeo, San Sebastián, 2010, Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012. <http://www.acoes.es/congresoVIII/mesa2.htm>

²El concepto de control de convencionalidad en el ordenamiento francés se refiere al deber del juez ordinario y también del juez constitucional de inaplicar normas de derecho interno, si es que estas son incompatibles con el Convenio Europeo. PAQUINO, Pascuale. “The New Constitutional Adjudication in France”, Pág. 11. Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012. <http://www.astrid-online.it/>

“El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vías legislativas o por cualquier otro procedimiento constitucional”³

Pudiéndose inferir de la cita en mención i) Que existe un parámetro de control el cual se materializa en el derecho comunitario, ii) Que en caso de contradicción entre el derecho comunitario y el derecho interno, siempre se aplicará el primero y iii) Que los llamados a aplicar este Control de Comunitariedad (definición de Francisco Fernández Segado), son todos los jueces nacionales, sin que ello implique una derogación previa de dicha norma.

Paralelamente cabe detallar que en el régimen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se ha emitido sentencia comparable con el caso *Simmenthal*, pues hasta el momento no se ha indicado la facultad de los jueces nacionales de inaplicar la norma doméstica cuando exista alguna contravención al Convenio Europeo de Derechos Humanos; sin embargo dicho tribunal si ha dispuesto en el caso *Rumpf contra Alemania* que los Estados deben establecer mecanismos, incluso mediante legislación, para remediar el incumplimiento reiterado de sus obligaciones contraídas según la Convención⁴, circunstancia que evidentemente no refleja un control normativos

³ BRUCE, Eva, “*Controle de Constitutionnalité et controle de conventionnalité. Réflexions autor de l’article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*”, septiembre de 2010, pág. 24. La traducción citada se toma de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “*La Justicia Constitucional. Una visión del derecho comparado.*”, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo. I pág. 1207

⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “*El control de Convencionalidad, en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*”,

específico al cual estén sujetos los Estados parte, hecho que no es irrelevante pues sin intención de ahondar en el tema, se puede observar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos adquiere diferente estatus, dependiendo del Estado del que se trate, por ejemplo Holanda le otorga rango supraconstitucional (tal como lo establece el Test de Convencionalidad), mientras que Austria pone al CEDH a la par de la Constitución y yendo más lejos, para Alemania tiene un rango infraconstitucional, lo que claramente viola el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En ese sentido y analizando cual ha sido la evolución del Test de Convencionalidad, considero pertinente tomar en consideración la situación de 3 países en los cuales ha causado diferente impacto.

1.1. FRANCIA:

Tomar en consideración la importancia que ha tenido el Estado francés respecto del test de convencionalidad, es fundamental, en principio debido a que fue el primer país en acuñar la expresión *Control de Convencionalidad*⁵, pues por vez primera en el año 1975, el Consejo Constitucional en la sentencia del caso *IVG (Interruption Volontaire de Grossesse)*, utilizó este término, señalando que una cosa es el control de constitucionalidad que si está obligado a cumplir, y otra muy diferente es el control de convencionalidad, indicando su obligación de salvaguardar la supremacía absoluta y definitiva de la constitución respecto de las leyes, mas no la de salvaguardar la supremacía de los tratados y convenios

México: UNAM, 2011, pág. 21. Consulta realizada el 10 de septiembre de 2013: www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf

⁵ VALERIO DE OLIVEIRA, Mazzuoli, “*O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*”, San Pablo, Revista dos Tribunais, 2009, pág. 64

internacionales, considerando así, que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, para el referido Consejo tienen naturaleza diferente⁶.

En ese sentido si bien existió la negativa de aplicar el control de convencionalidad por parte del Consejo Constitucional, ello no debe malinterpretarse como la negativa a su reconocimiento, ya que dicho tribunal señaló que el control de convencionalidad era más una labor imputable a los jueces ordinarios lo que claramente concuerda con lo establecido en el Artículo 55 de la Constitución Francesa, misma que precisa la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley nacional. De este modo y citando palabras de Eva Bruce surgió una “Competencia Jurisdiccional Bipartita”⁷. *i*) Por un lado el Consejo Constitucional estaba encargado de salvaguardar la Constitución y *ii*) Por otro los jueces nacionales están obligados a salvaguardar la convencionalidad de las leyes.

Por último es pertinente mencionar que en materia de control de convencionalidad, en Francia, la única norma que no se somete a este test es la Constitución, pues es la norma que ocupa la cúspide del orden jurídico francés, así lo ha señalado el Consejo Constitucional en el caso *Traité établissant une Constitution pour l'ÉUROPE*⁸, doctrina que encuentra correlación tanto con lo señalado por el Consejo de Estado en el

⁶ BRUCE, Eva, “*Contrôle de Constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*” (supra nota 3), pág. 24

⁷ *Ibídem* pág. 22

⁸ *Ibídem* pág. 21

caso *Sarran, Levacher et autres*, como por la Corte de Casación en *Fraisse*⁹

1.2. ALEMANIA:

La situación alemana, a diferencia de la francesa, en materia de control de convencionalidad, es mucho más confrontacional, ello se ve reflejado en cómo a nivel interno se han manejado diferentes situaciones.

Así en el caso *Görgülü* el Tribunal Constitucional Federal alemán ha indicado que los tribunales nacionales a la hora de emitir una sentencia, deben *tener en cuenta o considerar* los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmación que hasta ahí es plenamente concordante con los principios del Test de Convencionalidad; sin embargo dicho tribunal cae en contradicción al señalar en el mismo caso, que el aludido Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, tiene rango infraconstitucional, por lo que ante una eventual confrontación primaría la Constitución por encima del CEDH, lo que claramente vulneraría principios internacionales pues tal y como señala Lübbecke-Wolff¹⁰, el derecho de gentes, requiere que la constitución nacional sea adaptada a las exigencias del Convenio.

En ese sentido explica Matthias Hartwig, que “*cuando en la esfera de la Unión Europea surge un conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional, los tribunales tienden a inaplicar la norma nacional,*

⁹ SUDRE, Frédéric, “*Droit européen et international des droits de l’homme*”, Octava Edición, París Presses Universitaires de France, 2006, pág. 193

¹⁰ LÜBBE-WOLFF, Gertrude, “*ECHR and National Jurisdiction – The Görgülü Case, en HFR2006*”, Beitrag 12, Seite 1, pág. 1

*por el principio de prevalencia del derecho comunitario. Pero en el área del Consejo de Europa y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los jueces no inaplican una norma alemana por no ser acorde con el convenio”¹¹, circunstancia que se ve claramente reflejada en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Federal con sede en Karlsruhe, ya que en casos como *Solange I*, *Wielleicht*, *Solange II*, entre otros, ha señalado que:*

“La cesión de derechos soberanos a una organización internacional no puede suponer un ataque a la estructura básica constitutiva del orden constitucional, y a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn” (Ley que opera como la Constitución de la República Federal Alemana), circunstancia que algunos denominan como el principio de” reserva constitucional”¹²

1.3. ESPAÑA

La posición del Estado español respecto del control de convencionalidad, y como éste se define a nivel interno, se muestra gráficamente en lo señalado por Luis Jimena Quesada pues según el autor este tipo de control se materializa en España a través de dos principios: i) *principio de jerarquía normativa*, que en general, podría practicarse por los jueces ordinarios, y de modo difuso, ya que autoriza a dichos jueces a inaplicar

¹¹ HARTWIG, Matthias, “*Much Ado About Human Rights. The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights*”, German Law Journal, Vol. 6, 2005, pág. 869

¹² VIDAL, Carlos, “*“Alemania”*”, en Tajadura, Javier y de Miguel, Josu (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 43

los reglamentos cuando son contrarios a la constitución o a la ley. Y ii) el “*principio de primacía del derecho comunitario*”, derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del artículo 93 de la Comunidad Europea, apuntando dicho autor la no existencia de objeciones a la hora de inaplicar las normas locales conflictivas con la norma que estatuye la Unión Europea¹³.

Dicha esta referencia y en base a estos dos principios, el Consejo de Estado de España en su Memoria Anual de 1997 reconoció el control de convencionalidad, aunque con el nombre de “*control preventivo de las normas*”.

Siguiendo esa línea de ideas, la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, o el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sostuvieron en su momento la postura de la condición suprallegal de los tratados internacionales, aunque deba de aclararse que ello no supone la supremacía respecto de la Constitución¹⁴, circunstancia que evidentemente va de la mano a la hora de realizar un Test de Convencionalidad, Test que si bien no ha sido recogido por el Tribunal Constitucional español, si ha sido defendido por tribunales de menor jerarquía como la Sala en lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, o la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

¹³ BIGLINO CAMPOS, Paloma, “*La primacía del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española*”, en Carmona Contreras, Ana María (ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008. pág. 41

¹⁴ JIMENA QUESADA, Luis. “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?*”. (supra nota 1), pág. 12-14

Supremo, y con mayor entusiasmo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, acreditando con ello cierto ejercicio de la fiscalización que supone este Test¹⁵

Como se ha podido observar en el desarrollo de los párrafos anteriores, resulta evidente que el tema del Test de Convencionalidad, no resulta extraño, especialmente a la hora de su aplicación por parte de tribunales nacionales europeos, pues si bien es cierto, en Europa aún no existe consenso, respecto de la naturaleza del control de convencionalidad y específicamente cuando se habla de su supra o infraconstitucionalidad, también es cierto que la figura jurídica no les es ajena, circunstancia completamente distinta a la atravesada en esta parte del hemisferio; pues como se desarrollará más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Estados parte de la Convención Americana, creen que la figura jurídica bajo análisis es completamente nueva, una creación *sui generis* de la Corte Interamericana, lo que no responde a la realidad, tal y como se demuestra en el presente trabajo.

2. ORIGEN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD

Conociendo los antecedentes específicamente Europeos, podemos llegar a la conclusión que la supremacía del derecho internacional, fundamento esencial del Control de Convencionalidad, ya había sido tratado con anterioridad al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo a la hora de hacer referencia a este control aplicado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debemos señalar que contrariamente a lo que algunos autores consideran¹⁶, este test de por si nació con la

¹⁵ *Ibíd*em, pág. 16-25

¹⁶ La figura de control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte, que se deriva del principio “kompetenz - kompetenz”, entre otros argumentos. REY CANTOR, Ernesto “*Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*”. México D. F.: Porrúa. 2008., Págs. 41 a 46

misma creación de la Convención Americana¹⁷, afirmación que encuentra sustento en el Artículo 2 de la Convención materia de análisis, pues en dicho artículo de carácter general, se establece como una de las obligaciones de los Estados partes “... *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*”¹⁸. Ello en otras palabras, quiere decir de manera implícita, la existencia de una manifiesta supremacía de la Convención pues es una obligación de los Estados, adoptar disposiciones de derecho interno que encuentren correlación con dicho instrumento internacional, ya que de no hacerlo, como se verá más adelante, trae como consecuencia que se ponga en tela de juicio la responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de la obligación en mención.

Siguiendo esa línea de ideas y para que se ejerza un control efectivo de convencionalidad no bastaría con la referencia hecha en el Artículo 2, ello en razón de la necesidad de algún ente u organismo que lo aplique, ya que de no ser así, el Artículo 2 y el contenido del mismo serían una mera exclamación con ningún carácter vinculante, sin embargo y adelantándose a tales circunstancias la Convención Americana en su Artículo 62 numeral 3 señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “... *tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta*”¹⁹, por lo que desde un principio el control de convencionalidad contenido de

¹⁷Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

¹⁸ Artículo 2. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

¹⁹ Artículo 62.3 La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

manera tácita, como ya se dijo, en el Artículo 2, veía como forma de aplicación y concreción el hacer respetar las disposiciones contenidas en la Convención a través de la Corte Interamericana de derechos Humanos, pues dicho organismo es el encargado de velar, que los actos de los Estados que han reconocido su competencia, se ajusten a la regularidad del tratado, debido a que a través de ello se asegura la supremacía de este. Bajo ese parámetro de ideas, la función aquí señalada por la Corte Interamericana sería la misma que la de nuestro Tribunal Constitucional, último y máximo intérprete de la Constitución

En tal sentido, si bien la Convención de manera literal no hace referencia al test o control de convencionalidad, podemos decir que desde el momento de su creación instó a los Estados al cumplimiento del mismo, a efectos de que cada uno en su jurisdicción, adoptara las medidas necesarias, para que ninguna disposición interna sea contraria a los derechos y libertades contenidos en el tratado, pues de no hacerlo podrían ser sujetos de responsabilidad internacional por vulnerar el contenido establecido en la Convención, con lo que queda claramente demostrado la intención desde un principio de poner la Convención Americana por encima de cualquier disposición de derecho interno ya que ese último está obligado a ajustarse al primero. En concordancia con lo anterior podemos decir que el test de convencionalidad no es ninguna novedad, pues, aunque de manera implícita, los Estados ya estaban sujetos a él desde el año 1969, con la creación de la Convención Americana de Derechos Humanos y donde la Corte Interamericana cumple una función más que esencial²⁰.

²⁰ ALBANESE, Susana, “*Garantías Judiciales*”, Buenos Aires, Ediar, 2007, Págs. 346 y 347

Ahora bien, no puedo dejar de mencionar en este trabajo de investigación, que el grueso de la postura doctrinaria, señala de manera arto convencida, que el nacimiento del control de convencionalidad debe ser atribuido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹ pues se sostiene que su conceptualización se dio por primera vez en el Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile en la sentencia del año 2006, sin embargo desde mi punto de vista, considero a dicho caso como un simple reflejo de lo que, como ya se dijo, la misma Convención establece de manera tacita, pues incluso los Jueces de la Corte con años de anterioridad a la sentencia precitada (para ser exactos tres), dilucidaban su aplicación por el solo hecho de la existencia de la Convención, circunstancia que se ve claramente plasmada por primera vez en el voto concurrente del ilustre Juez Sergio García Ramírez en la sentencia del caso Myrna Mack Chang²², pues de manera visionaria el magistrado en mención hizo referencia al control de convencionalidad señalando lo siguiente:

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

²¹SAGÜÉS, Nestor Pedro, “El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, La Ley, Buenos Aires, año LXXIII, N° 35, 2009, Pág. 1; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, La Ley, año LXXIII, N°. 133, Buenos Aires, 2009, Pág. 1; ALBANESE, Susana, “El control de convencionalidad”, Buenos Aires, Ediar, 2008, Pág. 15; GALVIS PATIÑO, María Clara y SALAZAR, Katya, “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales”, Washington D.C. 2007, Pág. 9, INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ “Los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos”, Lima, 2007, Pág. 8;

²²Corte IDH: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, considerando 27.

fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”²³(subrayado nuestro)

Así mismo, en otro voto concurrente y hacía notar que el control de convencionalidad no era algo eventual, señalando en el caso Tibi contra Ecuador lo siguiente:

“La tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos”²⁴

De estas pequeña transcripción de votos concurrentes emitidos por el Juez García Ramírez, y aplicando simples criterios de lógica, podemos afirmar convencidos que el test de convencionalidad ya era tomado en cuenta por los Jueces de la Corte mucho antes de su reconocimiento con carácter vinculante, lo que nos permite insistir una vez más en nuestra postura de que el control de convencionalidad no responde a la creación interpretativa de un Tribunal, sino más bien al contenido mismo de la Convención, pues dicho test encuentra su razón de ser en los Artículos 1.1 2 y 62.3 de la CADH; por lo que el análisis que ha hecho la Corte Interamericana del control de convencionalidad a través

²³ *Ibíd*em, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27

²⁴ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, considerando 3.

de los casos contenciosos que han llegado a su conocimiento, simplemente responden a la necesidad de desarrollar una figura que se encuentra en evolución, y que por no estar expresamente citada en el instrumento internacional requiere de la interpretación del Tribunal Internacional pues este es el máximo y más autorizado interprete de la Convención

En base a esos fundamentos es que podemos llegar a la conclusión, que el test de convencionalidad no se dio simplemente como resultado de un fallo emitido por la Corte en un caso Contencioso, sino más bien que la aplicación de este principio en dicho fallo respondió a una de las obligaciones que impone la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que el tribunal simplemente se limitó a efectivizarlo y aplicarlo en dichos procesos.

3. DEFINICIÓN

Por lo general al realizar una investigación jurídica, es recomendable señalar en la primera parte del trabajo, cuales son los conceptos y definiciones que se le ha dado a la cuestión materia de investigación, sin embargo y como se ve en la presente tesis, al tratar de delimitar la definición más apropiada al control de convencionalidad era inevitable hacer un análisis previo de la evolución del Test de Convencionalidad, así como los fundamentos que hasta el momento le han dado forma, por lo que ya habiendo hecho un análisis de como este tipo de control se ha desenvuelto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera confiada puedo señalar que:

El Test de Convencionalidad es una técnica de control normativo de aplicación obligatoria ex officio por todos los órganos del Estado, un estándar mínimo el cual pone bajo control una norma de origen

nacional, frente a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es decir para que las disposiciones legales de carácter interno, produzcan efectos jurídicos, tienen que ser capaces de soportar un test o control, donde el parámetro a tener en cuenta es la Convención Americana, pues de contrariarla, ya sea expresa o tácitamente, mermarían o anularían su aplicación lo que per se ya constituye el incumplimiento de las obligaciones adoptadas por el Perú al ratificar este tratado internacional.

Dicho examen o test puede ser realizado por todos los poderes del Estado, por los jueces del Poder Judicial en todas sus instancias y por nuestro Tribunal Constitucional, no requiriéndose que dicha obligación sea activada a pedido de parte sino que puede y debe ser realizada de oficio.

Todos los alcances antes referidos no habrían calado de manera correcta si primero no se hubiese hecho una revisión de como la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de las sentencias emitidas en los casos contenciosos, realizó de manera visionaria una serie de apuntes respecto al control de convencionalidad.

CAPÍTULO II: “GENERALIDADES Y RELEVANCIA DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD”:

1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCION QUE DAN ORIGEN AL TEST DE CONVENCIONALIDAD

Antes de entrar a realizar un profundo análisis respecto del bloque de convencionalidad, es necesario precisar cuáles son los fundamentos contenidos en los Artículos que tácitamente dan origen al control de convencionalidad. Dichos fundamentos responden al carácter vinculante de la Convención, pues tanto sin las referencias hechas por el Artículo 1.1²⁵, que obliga a los Estados Parte a respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidos en ella, así como lo establecido en el Artículo 2²⁶, mismo que alude el deber estatal en el cual 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; las disposiciones

²⁵ El artículo 1.1 de la Convención establece que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

²⁶ El artículo 2 de la Convención establece que “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 las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. La fuente del citado artículo 2 de la Convención es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga, no obstante, su artículo 1 tiene como efecto que los Estados Parte de aquella, y de sus respectivos Protocolos Adicionales, cumplan una doble obligación: en primer lugar, asegurar que su derecho interno sea compatible con la Convención; y en segundo lugar, subsanar todo desconocimiento de los derechos y libertades protegidos por ella. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Artículo 1”. En: PETTITI, Louis et. al. *La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995, pp. 135-141

contenidas en el Instrumento Internacional no pasarían de ser meras declaraciones, sin ningún efecto obligatorio sobre el Estado ratificante.

Es decir, en el supuesto consentido de que las disposiciones referidas en el párrafo anterior, no formaran parte de la Convención, darían lugar a una serie de irregularidades como por ejemplo que el Estado ratificante no acoplara las normas de carácter interno a la Convención, y que con posterioridad argumentara la ausencia de responsabilidad internacional, señalando que solo acató normas establecidas de manera regular en su ordenamiento jurídico

Dicho esto, el control de convencionalidad, contenido en los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, prevé la concreción de la situación descrita en el párrafo anterior, y guarda completa correlación con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ello en razón de que el Artículo 27²⁷ de dicho instrumento internacional establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, en ese mismo sentido el Artículo 19.c²⁸ señala que un Estado al momento de ratificar por ejemplo la Convención, no podría realizar reservas que contravengan el objeto y fin de dicho tratado, circunstancia más que coherente con los objetivos del control de convencionalidad, pues si se permitiese la posibilidad de realizar una reserva respecto de los Artículos 1.1 y 2 de la

²⁷ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46

²⁸ Artículo 19.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Convención, se desnaturalizaría por completo el carácter vinculante de la Convención, no pudiendo realizarse de manera correcta el examen de convencionalidad.

Dicho esto y habiendo desarrollado la importancia de los Artículos 1.1, 2 y 62.3 de la CADH, corresponde ahora señalar cuales es la razón de ser de estos Artículos en relación al Test de Convencionalidad, o dicho de otro modo es imperante determinar cuáles son los fundamentos jurídicos que la Corte Interamericana toma en consideración a la hora de aplicar este control en su jurisprudencia, así los podemos señalar como:

- i. El principio de buena fe (1).
- ii. El principio de efecto útil (2).
- iii. El principio internacionalista que impide alegar el derecho interno como justificación al incumplimiento de la Convención Americana (3).

Dichos principios guardan completa correlación con la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle, en la que los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Ya que al no existir en el ordenamiento internacional órganos centralizados y superiores a los Estados que controlen la aplicación de sus normas, queda a estos ser los principales responsables de la aplicación del derecho internacional²⁹, aplicación que como ya se dijo obedecerá al cumplimiento de estos tres principios. Así también, se ha pronunciado la Corte Interamericana, haciendo un análisis de estos principios, al interpretar la adecuación del derecho interno a la convención, estableciendo que tal adecuación implica la adopción en dos vertientes i) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención

²⁹ SCELLE, Georges. Citado en: SALMÓN, Elizabeth. “*Introducción al Derecho Internacional Humanitario*”. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 35.

o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio (Principios 1 y 2) y ii) La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (principio 3)³⁰.

2. APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Uno de los pilares fundamentales de todo Estado Constitucional, es que los derechos humanos vinculan a todo poder del Estado³¹, y si bien, el control de convencionalidad se encuentra tácitamente contenido en la Convención Americana, la Corte a través de su jurisprudencia constante se ha encargado de desarrollar cuales son los alcances de dicho Test brindando para ello algunas de las pautas necesarias para poder aplicarlo.

El primer caso contencioso en el que la Corte de manera conjunta, explícita y vinculante hizo referencia a este tipo de control fue en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, pues en la sentencia de dicho caso contencioso de fecha 26 de septiembre de 2006, específicamente en el párrafo 124 se señaló lo que probablemente marcará un antes y un después en cuanto a la aplicación y concepción de la Convención a nivel interno, y es por ello que me permito transcribir literalmente 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

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

³¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *“Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general”*. Lima: Editorial Palestra, 2007, p. 185

Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”³²

De esta manera la Corte Interamericana, haciendo uso de sus facultades interpretativas y velando por el cumplimiento de la Convención Americana pone de forma manifiesta y a la luz de la consideración general, el control de convencionalidad que hasta ese momento había venido ejerciendo de manera concentrada y exclusiva reflejándose ello, a través de los votos concurrentes de sus jueces años atrás como ya se mencionó en el presente trabajo; sin embargo y para una correcta aplicación, mediante esta sentencia hacía extensivo este control, dejando de ser una facultad exclusiva de la Corte (control concentrado), para ser además una obligación que los jueces y tribunales internos deben cumplir (control difuso)

La interpretación hecha en el párrafo anterior del considerando 124 de la sentencia bajo análisis, responde específicamente a los criterios establecidos en el ámbito internacional respecto a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues aplicando lo dispuesto en el Artículo 46.1.a³³ de la Convención, la intervención de la

³² Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124

³³ Artículo 46.1.a Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos

Corte es meramente subsidiaria, ello ha sido reconocido incluso desde el primer caso contencioso ante la Corte³⁴ hasta los recientes como el de Castañeda Gutman contra México³⁵ y el de Usón Ramírez contra Venezuela³⁶ (casos emblemáticos que desarrollaron el contenido del Artículo 46), por lo que, resulta lógico y coherente pensar que los primeros llamados a realizar el control de convencionalidad deben ser los jueces y tribunales internos, pues son ellos los primeros encargados de velar por el respeto y garantía de la Convención, debiendo agotarse en tal sentido esta vía previa, y solo cuando la vulneración persista ante la falta de tutela efectiva, se podrá llegar a instancias superiores donde el encargado ultimo de velar por el cumplimiento de dicho control será la Corte Interamericana, lo que implicará además la condena del Estado por la violación de los derechos contenidos en el tratado internacional, sin que ello suponga considerar a la Corte Interamericana como un Tribunal de alzada, porque no lo es.

Siguiendo esa línea de ideas, los preceptos establecidos en el caso Almonacid fueron reiterados por la Corte Interamericana en los casos la Cantuta contra Perú³⁷ y Boyce y otros contra Barbados³⁸, deteniéndome para analizar el primero ya que si bien en dicha sentencia no se hizo ningún avance o desarrollo doctrinario en cuanto a la concepción y aplicación del test de convencionalidad, para nuestros intereses, es de especial relevancia pues constituye la primera condena expresa al Estado Peruano por no haber aplicado a través de sus jueces y tribunales internos el control de convencionalidad, sin dejar de

³⁴ Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 61

³⁵ Corte IDH: Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 30

³⁶ Corte IDH: Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 23

³⁷ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 173.

³⁸ Corte IDH: Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C, No. 169, párr. 78

mencionar que mediante este caso se impuso de manera efectiva la supremacía de la Convención frente a una norma de carácter interno en nuestro país, esto debido a que de manera ejemplar la Corte Interamericana realizó el control de convencionalidad respecto de las Leyes de Autoamnistía N° 26479 y 26492, pues dichas normas eran *ab initio* manifiestamente contrarias a la Convención, ya que como se sabe, su propósito era dejar impune la ejecución extrajudicial de nueve alumnos y un profesor de la Universidad La Cantuta, lo que *per se* ya constituye una violación a los derechos humanos y acarrea el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Perú al haber ratificado dicho instrumento internacional.

Siguiendo con este análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, un caso referente y emblemático en el que el Tribunal supranacional dispuso algunos de los parámetros sobre los cuales debe ser entendido y aplicado el control de convencionalidad es el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) coincidentemente también contra Perú, en razón de que en la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006 recaída en el caso contencioso bajo análisis, la Corte no solo se limitó a definir y conceptualizar este control, sino que además señaló la manera en que debe ser aplicado por los jueces y tribunales internos, y me permito citar el párrafo 128, pues este denota gran trascendencia

“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”³⁹ (subrayado nuestro)

Nos referimos a este párrafo como trascendental pues como ya se puede advertir del subrayado, la Corte Interamericana insta como una obligación de los Tribunales y Jueces que conocen casos a nivel interno, no solo a realizar un control de constitucionalidad sino paralelamente a este, uno de convencionalidad, lo que tácitamente manifiesta la posición de la Convención en cuanto a jerarquía se refiere con la Constitución, tal y como se desprende del Voto razonado del ilustre Juez Antonio Cançado Trindade, pues en palabras suyas *“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”*⁴⁰, circunstancia que no es ajena al Perú, más aun cuando dicho pronunciamiento se dio en una condena a nuestro país, por lo que en este momento cabe preguntarse ¿Acaso los jueces peruanos siquiera tienen conocimiento acerca del control de convencionalidad?. La respuesta a todas luces no deja de ser alarmante

Continuando con el análisis del caso Trabajadores Cesados del Congreso podemos observar que dicha sentencia reitera una vez más los parámetros ya establecidos en el caso Almonacid, sin embargo (y es en ello donde recae su importancia), añade la forma en cómo debe de ejercerse, pues en palabras de la Corte, no se debe esperar a que el

³⁹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128

⁴⁰Ibídem, Voto concurrente del Juez Antonio A. CançadoTrindade, párr. 3

control sea solicitado de parte sino que al estar los jueces sometidos a la Convención, estos *ex officio* deben aplicar el control de convencionalidad entre las normas internas y el tratado internacional

Ahora bien, otro caso de especial relevancia en cuanto al desarrollo del control de convencionalidad es el de Cabrera García y Montiel Flores contra México⁴¹, pues en la sentencia recaída en el proceso en mención, la Corte despeja toda duda respecto de quienes son los obligados a realizar el control de Convencionalidad señalando que compete tal obligación *i)* a todos los órganos del Estado, esto quiere decir que todos los poderes del Estado están obligados a velar por el cumplimiento de dicho control, *ii)* los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, referencia que indefectiblemente comprende a nuestro Tribunal Constitucional y *iii)* los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia, es decir el Poder Judicial en todas sus instancias. Esta disposición fue reiterada en la sentencia del caso Gelman contra Uruguay del año 2011⁴²

Si bien, las sentencias citadas en los párrafos anteriores, son aquellas que marcan un hito en el desarrollo y evolución conceptual del Test de Convencionalidad, esta figura jurídica no ha sido de esporádica aplicación, sino que más bien ha visto la consolidación de sus parámetros a través de la repetición de los criterios ya fijados. Así dichos criterios han sido reiterados en las sentencias de los casos: *i)* Heliodoro Portugal contra Panamá del año 2008⁴³, *ii)* Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos del año

⁴¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 63

⁴² Corte IDH: Corte IDH: Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 192

⁴³ Corte IDH: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 180.

2009⁴⁴, *ii*) Manuel Cepeda Vargas contra Colombia del año 2010⁴⁵ *iii*) Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay del año 2010⁴⁶ *iv*) Fernández Ortega y Otros contra México del año 2010⁴⁷, *v*) Rosendo Cantú y Otra contra México del año 2010⁴⁸ *vi*) Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia del año 2010⁴⁹, *vii*) Vélez Loor contra Panamá del año 2010⁵⁰, *viii*) Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil del año 2010⁵¹, *ix*) Cabrera García y Montiel Flores contra México del año 2010⁵²; y como ya se mencionó *xii*) Gelman contra Uruguay del año 2011⁵³.

Dicho esto, y como se demuestra, hasta el momento existe un amplio desarrollo en las sentencias de la Corte Interamericana desde el año 2006 cuando sale la primera sentencia que analizaba el control de convencionalidad, en la actualidad también se observa un desarrollo del tema por parte de la doctrina jurisprudencial así lo refleja la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes, así como en la solicitud de “ampliación de medidas provisionales” de Raxcacó Reyes y Otros, todos contra Guatemala⁵⁴. En igual sentido, el Test de Convencionalidad al ser una figura jurídica de reciente aplicación, ha sido motivo de profundas reflexiones

⁴⁴ Corte IDH: Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párr. 339

⁴⁵ Corte IDH: Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213, párr. 208

⁴⁶ Corte IDH: Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párr. 311

⁴⁷ Corte IDH: Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 234

⁴⁸ Corte IDH: Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 219

⁴⁹ Corte IDH: Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párr. 202.

⁵⁰ Corte IDH: Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párr. 287.

⁵¹ Corte IDH: Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 106.

⁵² Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 41, párr. 225.

⁵³ Corte IDH: Caso Gelman Vs. Uruguay, supra nota 42, párr. 192

⁵⁴ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63

que han dado lugar a votos razonados de jueces de la Corte Interamericana, este es el caso del ex presidente de la Corte Don Sergio García Ramírez⁵⁵, así como también de otro ex presidente de la Corte Don Cançado Trindade⁵⁶ y de los jueces *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas⁵⁷ y Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁵⁸, cuyo voto Razonado es el más reciente en abordar el tema en la Sentencia del Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname⁵⁹.

3. PARÁMETRO DE CONTROL: ALCANCES Y LÍMITES DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD

En principio poder determinar cuál es el parámetro de control o lo que en palabras de Ferrer significaría el bloque de convencionalidad,⁶⁰ parecería lógico y hasta obvio, señalar a la Convención como respuesta, pues no sería ni incorrecto ni extraño, ello debido a que incluso el mismo nombre de test de convencionalidad responde al interés de protección de dicho instrumento internacional; sin embargo el tema aquí planteado conlleva muchas más cuestiones a discutir, de lo que a primera vista podría imaginarse, ello debido principalmente a que el *corpus juris* interamericano de protección a los derechos humanos se ha ido expandiendo, circunstancia que no resulta nada irrelevante, ya que el poder determinar de manera correcta el ya mencionado bloque de convencionalidad, permitirá a los jueces nacionales el poder resolver posibles

⁵⁵ Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 39, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C Nº 192, párr. 3 del voto razonado

⁵⁶ Corte IDH Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 39, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto

⁵⁷ Corte IDH: Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, supra nota 51, párrs. 4 y 5 de su voto razonado y concurrente

⁵⁸ Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México supra nota 41, párr. 157

⁵⁹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 84-86 de su voto razonado y concurrente

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma del juez mexicano*”. En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coordinadores). La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma. México D. F.: UNAM, 2011, Pág. 365

vulneraciones a los derechos humanos, pues son estos jueces según el Test de Convencionalidad los primeros guardianes e intérpretes de la normatividad internacional, convirtiéndose de esta manera en auténticos jueces interamericanos.

En esa línea de ideas, para poder determinar que forma parte o no, del bloque de convencionalidad, considero necesario enfocar dicho cuestionamiento en base a tres puntos, *i*) Jurisprudencia, *ii*) Tratados diferentes a la Convención Americana y por último, *iii*) Opiniones Consultivas. Tres puntos específicos, pues son estos los que más problemas han planteado a la hora de saber si forman o no parte del parámetro de convencionalidad

3.1. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia interamericana o la “norma convencional interpretada” tiene una doble vinculación: una relacionada al caso particular (*res judicata*) dirigida al Estado que ha sido parte material en el proceso internacional; y otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estados Parte de la Convención Americana como una cuestión interpretada (*res interpretata*)⁶¹

Para poder comprender el real alcance y trascendencia en cuanto a este punto es necesario tomar en consideración lo mencionado por Ferrer, quien dando algunas luces sobre la importancia de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana señala que las sentencias “poseen más que un carácter meramente orientativo, ya que a través de ellas, la Corte IDH

⁶¹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra nota 59, párr. 86 Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

realiza una interpretación del corpus juris interamericano, con la finalidad de crear un estándar para su protección y eficacia real”⁶², circunstancia que no puede ser ajena para aquellos encargados de realizar el control de convencionalidad, pues de ninguna manera pueden limitarse a lo señalado literalmente por la Convención, ello debido a que el encargado de dotar de contenido e interpretación a los artículos en ella señalados, es la Corte Interamericana, por lo que resulta lógico llegar a afirmar que los órganos jurisdiccionales como la Corte, en la actualidad crean derecho (*international courts make law*)⁶³.

En esa línea de ideas es que encuentra fundamento lo señalado en el caso Almonacid, pues en dicho proceso la Corte señaló de manera explícita que el Poder Judicial a la hora de realizar el control de convencionalidad 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 Americana⁶⁴

3.2. TRATADOS DISTINTOS A LA CONVENCIÓN.

Respecto a este tema y una vez establecido que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana también forma parte del bloque de convencionalidad, la segunda cuestión a discutir, es determinar si los demás tratados internacionales proteccionistas de derechos humanos,

⁶² FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México D. F., nueva serie, año XLIV, N° 131, mayo-agosto de 2011, Págs. 917-967

⁶³ BOYLE, Alan y CHINKIN, Christine “*The making of international law. New York*”: Oxford University Press, 2007, Págs.266-268

⁶⁴ Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 32, párr. 124

ligados a la Convención y ratificados por los países parte, también pueden llegar a ser normas controladoras a la hora de aplicar el test de convencionalidad, para ello considero pertinente citar lo establecido por la Corte Interamericana en casos como el de las Hermanas Serrano Cruz contra el Salvador⁶⁵ o el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú⁶⁶, ya que en dichos procesos la Corte señaló que posee facultades para interpretar las normas de la Convención Americana a la luz de otros tratados internacionales, por lo que haciendo uso correlativo del criterio antes planteado y sabiendo que la Corte Interamericana es la encargada de dotar de contenido e interpretar los Artículos de la Convención, podemos decir que cuando dicho tribunal internacional a través de su jurisprudencia constante hace uso de otro tratado distinto a la Convención, ese tratado al darle forma y alcances a la Convención forma parte del bloque de convencionalidad.

Lo antes mencionado, según consideración nuestra, tiene sustento en que un tratado distinto a la Convención de manera independiente, no podría ser utilizado como parámetro de control, debido a que ello constituiría darle un alcance ilimitado a todo tratado internacional, que muy probablemente no tenga en su cuerpo normativo las obligaciones contenidas en los Artículos 1.1 y 2 de la Convención, Artículo que son el sustento del control de convencionalidad; por lo que la conclusión a la que se arriba es que, un

⁶⁵ Corte IDH: Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 119

⁶⁶ Corte IDH: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 165 y 166

tratado internacional distinto a la Convención, solo podrá estar inmerso en el bloque de convencionalidad, cuando la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia, haya hecho uso de este para darle alcance y contenido a los preceptos establecidos en la Convención.

En ese sentido se ha pronunciado el Juez García Ramírez en su voto razonado emitido con motivo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, precisando sobre este tema que:

“En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado”⁶⁷

⁶⁷ Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 39, párr. 3 del voto razonado.

3.3. OPINIONES CONSULTIVAS

Este punto probablemente sea uno de los más cuestionables y discutidos respecto del bloque de convencionalidad, pues una gran parte de la doctrina, considera que las Opiniones Consultivas no vienen a ser parte del parámetro de control a la hora de realizar el test de convencionalidad, cuestión que además en algún momento fue tomada en consideración por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evidenciándose ello en un caso contencioso específico llevado ante esta tribuna supranacional, estamos hablando del caso Genie Lacayo contra Nicaragua⁶⁸, en el que la Corte IDH estableció que las recomendaciones realizadas por la Comisión en cuanto a las Opiniones Consultivas no poseen naturaleza vinculante, ya que de acuerdo al sentido común de los términos, no se puede concluir la obligatoriedad de aquellas, lo que denotaba hasta ese momento claramente la posición en cuanto a que las Opiniones Consultivas no se encuentran revestidas de vinculatoriedad, aseveración que según algunos autores, de ninguna manera implica una naturaleza obligatoria, por lo que según ellos al no estar revestidas de una de las características esenciales del control de convencionalidad, las Opiniones Consultivas no pueden ser consideradas como un parámetro de control que tengan que observar las disposiciones legales a nivel interno.

Dicho esto, y habiendo desarrollado los argumentos adversos que reflejan la opinión mayoritaria de la doctrina, debo decir que la posición asumida

⁶⁸ Corte IDH: Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 93

a través de este trabajo de investigación, es la de considerar a las Opiniones Consultivas como parte del canon interamericano o bloque de convencionalidad; pues si posee naturaleza vinculante u obligatoria, circunstancia que obedece básicamente a dos motivos *i)* La autovinculación de la Corte IDH respecto de estos instrumentos, y *ii)* La práctica constante de los Estados.

La posición descrita en el párrafo anterior, obedece principalmente al análisis conceptual de las Opiniones Consultivas, pues si bien es cierto, éstas responden a la labor establecida en el Artículo 64 de la Convención Americana, también es cierto que dichos instrumentos *per se* son generadores de derechos, en razón de que la Corte IDH último y máximo intérprete de la Convención a la hora de ejercer la mencionada labor consultiva realiza una interpretación ya sea de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos⁶⁹, constituyendo dicha interpretación jurisprudencia de la Corte Interamericana, que goza desde todo punto de vista vinculatoriedad, circunstancia que se complementa con lo señalado en la sentencia del caso Loayza Tamayo contra Perú, pues en dicho proceso la Corte Interamericana señaló que los Estados deben realizar todos los esfuerzos por aplicar las recomendaciones de la Comisión⁷⁰ respecto de las Opiniones Consultivas.

⁶⁹ Corte IDH: "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 14

⁷⁰ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrafo 80.

4. POSICIONES EN DISCORDIA

Al ser el tema del test de convencionalidad uno de reciente crecimiento en cuanto a su desarrollo tanto conceptual como aplicativo, resulta complicado para mucha parte de la doctrina comprender siquiera de manera correcta cuáles son sus fundamentos, o cuál es la naturaleza que reviste este control, en ese sentido no es extraño encontrar distintas posiciones en contra de la aplicación e incluso en contra de la existencia de dicha técnica de control normativo, sin embargo para efectos del presente trabajo considero indispensable hacer mención de una en particular que desde mi punto de vista, plantea una posición arto convencida y debidamente fundamentada, hablo de la teoría planteada por Ximena Fuentes Torrijo en su obra: *“El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”*, debido a que en dicho documento la mencionada autora señala de manera tajante su posición en contra del control de convencionalidad en base a los siguientes puntos:

- i. Señala que *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha cambiado su posición en relación con la autoejecutabilidad (efecto directo) de la Convención Americana⁷¹”*, sustenta dicha posición en lo mencionado en la Opinión Consultiva que requirió el Estado de Costa Rica en cuanto al entendimiento del Artículo 14.1 de la Convención Americana, sobre el derecho de rectificación o respuesta.

En dicha oportunidad la Corte a la hora de resolver la consulta realizada por Costa Rica en primer lugar determinó cuales eran las cuestiones que

⁷¹ FUENTES TORRIJO, Ximena, *“El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”*, Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, núm. 15, invierno 2007, pág. 5.

se habían puesto bajo las consideraciones de la Corte, en ese sentido el Tribunal supranacional sostuvo que la pregunta hecha por el Estado comprendía dos cuestiones a resolver: *i)* La primera en cuanto a la correcta interpretación del Artículo 14.1 en relación con el Artículo 1.1 de la Convención y *ii)* La segunda en cuanto a cómo Costa Rica debía aplicar el derecho contenido en la norma en su jurisdicción interna

Al respecto sostiene Fuentes que mediante esta Opinión Consultiva la Corte Interamericana puso de manifiesto su posición en cuanto a que dicho Tribunal no puede pronunciarse sobre el carácter autoejecutable de la Convención, pues corresponde a cada Estado ver la manera en que lo hace efectivo, añadiendo la autora que veinte años después la posición es completamente diferente pues la Corte a través del control de convencionalidad se da atribuciones para regir dentro del derecho interno de cada Estado al otorgarle un efecto directo a la Convención

Al respecto debemos señalar que existe, por parte de la posición en cuestión, una clara confusión respecto a lo mencionado en la Opinión Consultiva que solicitó el Estado costarricense en el año 1986, pues el pronunciamiento de la Corte no iba orientado a desvirtuar o no la autoejecutabilidad de la Convención, ya que a lo que se refirió el Tribunal en su momento fue a mencionar que si bien como último y máximo intérprete de la Convención puede desarrollar el contenido de los Artículos en ella contenidos, lo que no puede hacer es inmiscuirse en tareas meramente atribuibles al Estado, ya que darle efectividad a los derechos objeto de la Convención es su obligación por el carácter vinculante que

posee dicho tratado internacional. En ese sentido no se puede afirmar que la Corte en la década de los 80's se pronunció respecto a la supuesta autoejecución o no de la Convención

- ii. Menciona como segundo punto en contra de la concepción del control de convencionalidad, que no existe ningún Artículo de la Convención en el que se haga referencia a la obligatoriedad de la misma, en esa línea de ideas se menciona que: *“La Corte no puede citar ningún Artículo de la propia Convención Americana en que los Estados se hayan obligado a otorgar autoejecutabilidad a la Convención”*⁷²

Esta teoría a la que hace mención parece no haber tenido en consideración ni el Artículo 1.1 y menos el Artículo 2 de la Convención Americana, pues dichos preceptos del tratado internacional como ya se desarrolló en el presente trabajo, le dan a la Convención una naturaleza vinculante innegable, a la que los Estados se encuentran sometidos en tanto hayan ratificado su contenido

Esta aseveración además implica que el derecho interno no tiene ningún tipo de obligación para acatar el tratado internacional en mención, por lo tanto podría evadir su responsabilidad Internacional basándose en normas de carácter interno que haya impuesto, circunstancia que no guarda relación con el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados pues como ya se dijo las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, no pudiendo invocarse para su incumplimiento el derecho interno, por lo tanto

⁷² FUENTES TORRIJO, Ximena, *“El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”*, supra nota 71, pág. 8.

la teoría aquí planteado sobre la ineffectividad del control de convencionalidad también carece de fuerza argumentativa

De los dos puntos aquí analizados, se desprende que la postura en contra del test de convencionalidad descansa específicamente en la afirmación de que dicho control normativo responde meramente a una creación jurisprudencial, sin embargo como ya se mencionó, el carácter vinculante de la Convención responde a su propia naturaleza establecida en los Artículos 1.1, 2 y 62.3, del propio instrumento internacional por lo que entender, su existencia como simplemente un capricho expuesto en un fallo constituye un error.

5. RELEVANCIA DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD

Habiendo rebatido la posición en contra del test de convencionalidad considero pertinente señalar que la relevancia del Test o Control de Convencionalidad, puede ser enfocada a partir de dos líneas claramente definidas.

- i. La primera, enfoca la importancia del control de convencionalidad **en base a la dogmática**, pues como se dijo desde un inicio, la supremacía de la Convención Americana, que impone el control de convencionalidad (incluso sobre la Constitución), ya constituye una realidad plenamente instaurada en las sentencias de los Tribunales supranacionales ante los que se ha presentado tal circunstancia, por lo que dicha posición ya no viene a ser meramente una opinión, sino que ha pasado a ser una realidad tanto en Europa como en América como se verá más adelante, por lo que el control de convencionalidad constituye un revulsivo en la Teoría de las Fuentes

del Derecho⁷³, cambio que probablemente vaya a generar las más altas protestas por quienes ven en la Constitución, hace muchos años, una naturaleza divina que prácticamente, no admite cuestionamientos más que por ella misma.

- ii. La segunda, enfoca la importancia del control de convencionalidad **en base a la práctica** en salvaguarda de los derechos humanos, pues bajo el parámetro ya establecido, de que todas las disposiciones legales de carácter interno, incluida la Constitución, pueden, ser objeto de control por la Convención, y que además este control es una obligación de todos los poderes del Estado, los jueces del Poder Judicial en todas sus instancias y por supuesto nuestro Tribunal Constitucional, se puede afirmar que poco a poco se romperían las barreras que de por sí, impone la coyuntura bajo la cual se desenvuelven todos estos organismos, pues un Juez de paz letrado conocedor del control de convencionalidad, bien podría poner en tela de juicio lo resuelto por la Corte Suprema, cuando la disposición de esta última, ampare la consolidación de una norma manifiestamente contraria a la Convención.

Dicho esto es pertinente preguntarse ¿Es acaso posible, que un Juez de Paz Letrado (como en el caso hipotético planteado) cuestione una disposición de la Corte Suprema? Consideramos que la respuesta en este caso es afirmativa, pues en primer lugar ese Juez que según el entendimiento

⁷³ V. JINESTA LOBO, Ernesto, “*La construcción de un Derecho administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, Año 11, No. 11, 2011, Págs. 112-120

general tendría una categoría limitada frente a la Corte Suprema, responde por el cumplimiento de obligaciones impuestas por la Convención Americana de Derechos Humanos, y en segundo lugar porque el máximo intérprete de la Convención no es nuestra Corte Suprema, sino la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que dicho cuestionamiento, solo sería improcedente frente a las disposiciones que la Corte Interamericana hiciera respecto de la aplicación debida o indebida del control de Convencionalidad.

Misma circunstancia se repetiría en el caso del Tribunal Constitucional, pues en palabras de Sagüés *“Cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control”*⁷⁴

Ahora bien, cabe resaltar que de todos los casos analizados, en los que se realizó el examen de convencionalidad respecto de una Constitución, fueron Tribunales Supranacionales, los que aplicaron dicho control, sin embargo ello no quiere decir, que dicho cuestionamiento sea solo atribución de los más altos intérpretes del tratado internacional, ello debido a que su competencia es meramente subsidiaria, siendo los jueces y

⁷⁴SAGÜÉS, Nestor Pedro, *“El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”*, supra nota 21, pág. 1

tribunales nacionales los primeros llamados a realizar el análisis de su Constitución y de toda norma de carácter interno, bajo los parámetros de la Convención.



CAPÍTULO III: “ANÁLISIS Y APLICACIÓN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ”

1. PERÚ, UN ESTADO COMPROMETIDO CON EL CUMPLIMIENTO DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD

El Perú si bien, recién el 14 de setiembre del 2010, mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE, ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe aclararse que es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978, reconociendo la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981, por lo que el Estado Peruano desde el año 1978 está sometido al control de convencionalidad, sometimiento que sin embargo en más de treinta años no ha visto mayores resultado, pues el Perú como ya se mencionó ha sido condenado en varias oportunidades por el incumplimiento e inaplicación del control de convencionalidad, de lo que se desprende que a raíz de dichos casos contenciosos como el de la Cantuta o el de Trabajadores Cesados del Congreso, el Estado debió implementar una serie de medidas positivas a nivel interno para que el test de convencionalidad sea una realidad y nunca más se vea a nuestro país como responsable de la violación de dicho precepto, ello atendiendo especialmente a que el Estado peruano es un Estado Constitucional de Derecho, donde se supone debería evitarse el ejercicio arbitrario y despótico del poder político⁷⁵

Esto por ejemplo ocurrió de manera ejemplar en el Estado de México, pues como se sabe a partir del pronunciamiento de la Corte por la violación e incumplimiento del control de

⁷⁵ ORTIZ GASPAR, David Aníbal. “La Vulneración de los derechos fundamentales en sede constitucional. A propósito de la STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC (Caso Decreto Legislativo N° 1097)”. En Revista Gaceta Penal. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, N° 22, 2011, p. 33

convencionalidad por dicho país, su Corte Suprema se encargó expresamente de, darle alcance y efectividad a lo mencionado por la Corte, pues dicho órgano jurisdiccional dispuso que *“todo juez en el ámbito jurisdiccional de México debe realizar control de convencionalidad respecto de las normas de derecho interno”*⁷⁶

Dicha sentencia desde mi punto de vista, constituye un hito a nivel interamericano, en razón de haber demostrado cual es el rol que debe cumplir un Tribunal de esta naturaleza ante las disposiciones de la Corte y sobre todo ante la obligatoriedad de un tratado que están obligados a respetar y cumplir

Ahora bien entrando al análisis de la realidad meramente peruana, cabe hacerse la pregunta, ¿Acaso la homologa de la Corte Suprema Mexicana en nuestro país (a raíz de la serie de condenas impuestas al Perú), ha hecho algún pronunciamiento instando a los órganos bajo su régimen, el cómo deben obrar cuando se encuentren ante la situación que plantea el test de Convencionalidad?

Lamentablemente la respuesta es negativa, pues como se mencionó, resulta prácticamente imposible por ahora concebir en nuestro país por ejemplo el realizar un control difuso de Convencionalidad respecto de normas de carácter interno y menos respecto de nuestra Constitución, ya que si bien no habrían inconvenientes para aplicar el primero, el hacerlo constituiría un paso gigantesco para reconocer que incluso nuestra Constitución, se encuentra sometida a los parámetros de control que impone la Convención

⁷⁶ Suprema Corte de Justicia de La Nación de México. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el expediente N° 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldivar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011, considerandos 4, 5 y 6

Ahora bien, uno de buena fe podría pensar, que hasta el momento en ninguna de las más altas instancias de nuestro país se han presentado casos como para que los tribunales se pronuncien respecto a la aplicación y obligatoriedad del test de convencionalidad, sin embargo ello no responde a la realidad, pues los órganos de más alta jerarquía en nuestro país ya han tenido la oportunidad ideal para pronunciarse de manera expresa en cuanto a este tema.

En ese sentido y siguiendo la línea de lo mencionado me limitaré a hacer alusión de dos casos específicos, uno en el que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad idónea para pronunciarse respecto a los alcances y aplicación del test de convencionalidad en nuestro país y; el segundo en el que muy por el contrario nuevamente el Tribunal Constitucional en vez de aplicar de manera correcta la Jurisprudencia de la Corte la manipuló de tal manera que terminó dejando en un estado de vulnerabilidad a las personas comprendidas en ese proceso.

2. OPORTUNIDAD DE APLICACIÓN DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

- i. Tribunal Constitucional: Expediente N° 0024-2010-PI/TC**, sentencia del 21 de septiembre del 2011, en dicho proceso se puso en discusión la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1097, debido a que mediante este se pretendía favorecer únicamente a policías y militares que habían cometido delitos de lesa humanidad, promoviendo el archivo del proceso penal por excederse del plazo. Debe decirse que al ser el Perú Estado parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad desde el año 2003, dicho Decreto

Legislativo carecería de sustento, sin embargo y tratando de engañar a la norma (por así decirlo), se trató de incorporar la norma legal dentro de nuestro ordenamiento.

Así en dicho proceso el Tribunal Constitucional, realizó un correcto control de constitucionalidad utilizando conceptos de derecho internacional completamente válidos, sin embargo al tener frente a él, tamaña oportunidad, consideramos que habría sido más que oportuno y que incluso era su obligación, el brindar alcances de cómo el control difuso de constitucionalidad debe operar a la par del control difuso de convencionalidad, pues la Corte interamericana así lo dispuso en el caso *Cesados del Congreso*⁷⁷, circunstancia que para el Tribunal Constitucional no le es indiferente, primero como máximo ejecutor del control de constitucionalidad y segundo porque en dicho caso, la Corte condenó al Estado Peruano por el incumplimiento del test de convencionalidad.

Ahora bien, una vez realizada la crítica, corresponde decir como consideramos que debió resolver el Tribunal Constitucional, en ese sentido debemos decir los conceptos jurídicos utilizados hubiesen sido los mismos, ello en razón de que el fin del Decreto Legislativo 1097, iba en contra del carácter del que goza la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, pues como es conocido dichos delitos tienen el carácter de *ius cogens* por lo que son aplicables a todo tiempo; con lo que el Estado peruano no podría desconocer tal precepto argumentando que el Tratado internacional de la materia entró en vigencia en nuestro país el 9 de

⁷⁷ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra nota 39, párr. 128

noviembre de 2003, ya que las obligaciones que se imponen son aplicables para el tiempo anterior a dicho reconocimiento. Sin perjuicio de ello si hubiésemos considerado completamente pertinente, señalar que tal fundamento además encuentra sustento en la no contravención de la Convención, así como la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana al respecto, con lo que de manera explícita se habría dado aplicación, al test de convencionalidad tan incumplido en nuestro país, pudiendo incluso el Tribunal Constitucional a través de su sentencia haber podido dar alcances de cómo los jueces que revisan materia constitucional, también están obligados a tomar en cuenta el parámetro convencional, circunstancia que nunca ocurrió y que de ninguna manera facilita la comprensión y conocimiento de esta figura, pues al no existir indicios de aplicabilidad por los más altos Tribunales en el país, menos se puede esperar de las esferas en teoría inferiores, lo que no es nada irrelevante, pues si seguimos sumidos en tal desconocimiento, lo único que se logrará, es que una vez más nuestro país sea condenado por incumplir la obligación en mención

3. INCUMPLIMIENTO DEL TEST DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS

- ii. Tribunal Constitucional, Expediente N° 0022-2009-PI/TC**, sentencia del 09 de junio de 2010, en dicha oportunidad el órgano jurisdiccional en mención, a la hora de interpretar los alcances del procedimiento de consulta previa, tuvo la desatinada y poco feliz determinación de señalar que *“La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas*

*respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo*⁷⁸

Ahora bien, señalamos que dicha afirmación no fue correcta, pues de por medio existe una afirmación absoluta que no admite excepciones, desconociendo por completo la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cuanto al derecho a la propiedad de las Comunidades Indígenas y Tribales, y la aplicación e interpretación que ha dado este Tribunal Supranacional respecto del Convenio 169 de la OIT, aplicable a este tipo de circunstancias.

Dicho esto, resulta pertinente señalar tal y como lo hizo el Relator Especial de la ONU James Anaya que *“Las características específicas de los procedimientos de consulta requeridos, variarán según la naturaleza de la medida propuesta, el alcance de su impacto en los pueblos indígenas y la naturaleza de los intereses o derechos de los pueblos indígenas que estén en juego”*⁷⁹, posición que guarda relación con el pronunciamiento de la Corte en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, pues en él se señaló que *“Dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo”*⁸⁰, es decir que dependiendo de las circunstancias de cada caso el Estado podría estar obligado a requerir en

⁷⁸ Tribunal Constitucional del Perú, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, Sentencia del 09 de junio de 2010, párr. 24

⁷⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, del 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34

⁸⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 17.

consentimiento expreso de una comunidad, y no como menciona el Tribunal Constitucional, que bajo ninguna circunstancia la comunidad afectada podría impedir que tales medidas se lleven a cabo, pues de ser correcto lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional, el procedimiento de consulta previa se convertiría en un mero formalismo a cumplir por el Estado, sin importar si de por medio se vulneran o no derechos fundamentales que en el particular caso de las comunidades indígenas y tribales podría incluso ocasionar la extinción de dichos pueblos.

Así, el Tribunal Constitucional ni siquiera tuvo la mera intención de aplicar el test de convencionalidad, pues de haberlo hecho, habría comprendido que la norma parámetro es la Convención y la interpretación que del derecho afectado ha hecho la Corte Interamericana, con lo que habría garantizado, la no concreción del fallo en mención, que lo único que hace es perjudicar el entendimiento de una figura tan importante como es la consulta previa.

Esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, no solo tuvo una repercusión nefasta inter partes, pues como se puede apreciar de nuestro ordenamiento jurídico interno la reciente aprobación de Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT, considera en su Artículo 5.d que *“Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no*

*alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta*⁸¹ con lo que nuevamente se desconoce la aplicación de excepciones a estas circunstancias

En ese sentido, nos preguntamos, qué es lo que debería pasar, pues la errónea posición del Tribunal Constitucional ya está planteada, resultando difícil creer que la vaya a cambiar, ¿Acaso habrá algún Magistrado del Poder Judicial, que aplicando el test de convencionalidad, y conocedor de la norma internacional, contradiga lo dicho por el más alto interprete de la Constitución? O es que simplemente estaremos condenados a ver una vez más como nuestro país, es condenado internacionalmente por la vulneración a los derechos humanos.

Si bien, este tema en la actualidad como alguna vez acertadamente se me dijo, ha tomado un atisbo altamente social, es en estas esferas donde se debe ver la intervención del Derecho, pues este está llamado a solucionar precisamente este tipo de circunstancias.

⁸¹ “Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT”. Diario Oficial el Peruano. Lima, 03 de abril de 2012. Artículo 5 literal d).

CAPÍTULO IV: “UN NUEVO AMANECER EN LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”

1. SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA VERSUS LA CONSTITUCIÓN: DUELO DE TITANES

Al hacer la introducción del presente trabajo se hizo referencia (adelantando opinión) a la creación de categorías dogmáticas completamente nuevas, en razón específicamente de que la Constitución en nuestro ordenamiento goza de un carácter casi divino pues si bien puede soportar algunos cuestionamientos, su absoluta supremacía respecto de otras normas internas, no está bajo discusión, o mejor dicho no estaba bajo discusión, pues en este punto del trabajo cabe hacerse la pregunta, de si la Constitución está sujeta o no al denominado control de convencionalidad, pues de estarlo la supremacía de la Convención Americana sería manifiesta

Al respecto y para poder comprender la duda aquí planteada consideramos pertinente tomar en cuenta lo señalado por Augusto Medina Otazu, quien citando a Eduardo Ferrer señala que:

“La supremacía constitucional se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. (...) Lo anterior se admite en nuestra región, en donde la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluida las constituciones), como se ha puesto

en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una supremacía convencional.”⁸²

Esta posición desde ningún punto de vista puede ser tomada como una posición arbitraria, pues existen casos a nivel Europeo y también Americano que ponen en evidencia la supremacía de la Convención frente a la Constitución.

Así un caso emblemático llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el de Rekvényi contra Hungría⁸³ cuya sentencia del año 1999 puso en manos del Tribunal supranacional el resolver si era capaz de cuestionar disposiciones contenidas en la Constitución húngara, en ese sentido la demanda ponía en conocimiento del Tribunal Europeo la existencia de una disposición en la Constitución que impedía a los miembros de las fuerzas armadas y policiales el ejercicio del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas; lo que ha entender del demandante iba en contra del Convenio Europeo pues se estaría vulnerando el derecho de asociación consagrado en el tratado internacional

Si bien en este proceso la demanda terminó siendo desestimada debido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló en el sentido que la medida adoptada por el gobierno húngaro era proporcional, por cuanto respondía a la realidad social y política del país, dicho caso representa uno de los primeros casos conocidos, en el que se cuestionó la Constitución de un estado bajo los parámetros de un tratado internacional, lo que

⁸² MEDINA OTAZU, Augusto, “*El control difuso de convencionalidad: a propósito de la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1097*”, punto IV, párr. 3. Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012 <http://blog.pucp.edu.pe/item/131815/el-control-difuso-de-convencionalidad-a-proposito-de-la-sentencia-de-inconstitucionalidad-del-decreto-legislativo-1097>

⁸³ GARLICKI, Lech. “*Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*”. *Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l’homme*, Pág. 3 Consulta realizada el 26 de septiembre de 2012. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

indudablemente demuestra el ejercicio del control de convencionalidad realizado por el Tribunal Europeo homólogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se dijo en el caso anterior la Constitución de Hungría, soportó el examen de convencionalidad realizado por el Tribunal Europeo, sin embargo Chile no corrió con la misma suerte, pues a través del caso la Última Tentación de Cristo⁸⁴, se puso en juego la legitimidad de uno de los extremos de la Constitución Chilena, pues ella consagraba la censura previa, circunstancia expresamente prohibida por el Artículo 13.2⁸⁵ de la Convención, lo que ocasionó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarara la responsabilidad del Estado, específicamente de su Poder Legislativo y Poder Judicial; al no haber aplicado de manera oportuna el control de convencionalidad, pues de haberlo hecho habría advertido la manifiesta contravención de dicho extremo de la Constitución respecto de la Convención Americana

Otro caso en el que la Corte Interamericana aplica el control de convencionalidad respecto de una Constitución es el de Boyce y otros contra Barbados⁸⁶. Caso de particular relevancia, pues la Constitución de Barbados no afectaba solo un derecho contenido en la Convención, sino que era contraria a una serie de disposiciones contenidas en el Tratado Internacional.

Dicho esto, la sentencia recaída en el proceso en mención discutía la legitimidad del Artículo 26 de la Constitución de Barbados, pues el contenido del precitado artículo impedía a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho

⁸⁴ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo “(Olmedo Bustos y otros) vs. Chile Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 05 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72

⁸⁵ Artículo 13.2 El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley

⁸⁶ Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, supra nota 38, párr. 78 y 79

de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida al no permitir el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona de dicho país.

Para realizar el control de convencionalidad en el presente caso, se debe observar primero que la norma sujeta a control es el Artículo 26 de la Constitución de Barbados, y segundo que las normas parámetro son tanto el Artículo 4.1⁸⁷ como el 25.1⁸⁸ de la Convención Americana, en ese sentido el precepto Constitucional resultaba manifiestamente violatorio tanto del derecho a la vida como del derecho a la protección judicial, por lo que respondiendo a la Supremacía de la Convención frente a la Constitución de Barbados, el Artículo 26 desde su nacimiento no debió generar ningún efecto jurídico por contravenir el espíritu de la Convención

De los tres casos analizados (Rekvényi contra Hungría, La Última tentación de Cristo contra Chile y Boyce y otros contra Barbados) tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como su homóloga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han arrogado facultades para evaluar la legitimidad de las Constituciones de los Estados que han reconocido su competencia, utilizando como parámetros de revisión el Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente. En ese sentido y de manera coherente con lo dispuesto en los dos últimos casos analizados en el presente trabajo, resulta evidente que incluso la norma de mayor jerarquía a nivel nacional de un Estado está sujeta a la Supremacía de la Convención, pues de lo contrario los Estados condenados

⁸⁷ Artículo 4.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente

⁸⁸ Artículo 25.1 Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales

en estos procesos no hubiesen permitido que su norma de más alto rango sea objeto del escrutinio de Tribunales Supranacionales.

Todo lo anterior nos hace estar plenamente de acuerdo con la tesis que plantea “*la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución “treaties supreme law of land”, postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la medida que la persona humana constituye un sujeto del derecho internacional*”⁸⁹, dicho esto a través del presente trabajo, no se pretende consolidar o defender una postura orientada a lograr la supremacía del Derecho Internacional en general sobre el Derecho Interno, sino más bien poner en evidencia una de las características que lleva consigo la aplicación del control de convencionalidad, objeto de análisis de este trabajo, pues tal y como se dijo desde un principio ello responde a una obligación adquirida por el Estado peruano en virtud de los Artículo 1.1, 2 y 62.3 de la Convención Americana

2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS JUECES A NIVEL INTERNO: SUBORDINACIÓN O PREFERENCIA

Bajo el parámetro ya establecido, de que la Constitución puede ser objeto de control por la Convención, cabe resaltar que de todos los casos analizados los que aplicaron en última y definitiva instancia el control referido, fueron Tribunales Supranacionales, sin perjuicio de ello y ya habiendo señalado la Corte que la obligación de salvaguardar los derechos contenidos en la Convención no solo es tarea de ese tribunal, sino que además la aplicación del control de convencionalidad es obligación de todos los poderes del Estado, los jueces del Poder Judicial en todas sus instancias y por supuesto nuestro Tribunal

⁸⁹ LANDA ARROLLO, Cesar, “*Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”, Pág. 3, Consulta realizada el 26 de septiembre de 2012. http://www.coladictor.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl_tratados_intl_tribconst_peru170705.pdf

Constitucional, por lo que sería pertinente preguntarse ¿Acaso alguno de los operadores estatales se atrevería a, llegado el caso, señalar la inconventionalidad de una norma constitucional?

Ahora bien, la teoría aquí planteada muy probablemente sea de difícil aceptación, más aun cuando lo que aquí se señala es que se ponga en duda *ex officio* la validez de una norma constitucional cuando esta vaya en contra del Bloque de Convencionalidad, por lo que necesariamente se requerirá de un tiempo para que los encargados de aplicar dicho control, la efectivicen de manera exitosa. En ese sentido concordamos con lo señalado por Konrad Hesse, quien menciona que el triunfo de la doctrina del control de convencionalidad dependerá de dos factores:

“a) por un lado, la efectivización sensata, prudente y legítima que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos de tal doctrina (...) y por otro b) la voluntad de seguimiento que tenga dicha doctrina por los Tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos”⁹⁰

Concordamos con dicha posición pues el control de convencionalidad como se mencionó no solo es una obligación de la Corte Interamericana, sino también de los jueces y tribunales internos, en ese sentido, su aplicación dependerá en gran medida de la comprensión que de esta figura jurídica tengan los encargados de efectivizar este test a nivel interno, pues aunque no se ponga en peligro su existencia (ello en razón de que el control de convencionalidad es inherente a la Convención), hasta que no se vea una concreta política de aplicación por los órganos supremos de la nación, lo único que se

⁹⁰ KONRAD, Hesse, “*Escritos de derecho constitucional*”, traducido por Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pág. 68 y siguientes

logrará es que nuestro país sea condenado nuevamente por el incumplimiento del test de convencionalidad

Por último cabe preguntarse, que pasaría si la norma constitucional es más proteccionista en salvaguarda de los Derechos Humanos que la Convención ¿Cuál es la norma que prevalecería?

Si bien, después de todo lo dicho, respecto a que la Constitución está sujeta al Test de Convencionalidad, uno no puede olvidar el más importante propósito del control de convencionalidad, el cual es la salvaguarda de los derechos humanos a través de la obligatoriedad de la Convención. Por lo que en principio debemos decir que si una Constitución da mayores alcances de protección a los Derechos Humanos que la Convención, no habría desde ningún punto de vista, algún punto de contradicción entre las normas precitadas, ello debido a que el Artículo 29.b⁹¹ de la Convención establece que ante este tipo de circunstancias siempre se recurrirá a la norma que favorezca más a la persona humana, en ese sentido, cuando se presente dicha situación, no sería posible aplicar el test de convencionalidad en razón de que la Constitución no iría en contra de los principios de la norma controladora, así de lo mencionado también se puede concluir que una norma de menor jerarquía podría alcanzar a la hora de su aplicación rango constitucional o supraconstitucional tal y como se verá en el siguiente apartado.

⁹¹ Artículo 29.b Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados

3. INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA: “UN MODELO DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS”

Tal y como ya se dejó entrever, el test de convencionalidad trae consigo una serie de cambios sustanciales a la hora de concebir el derecho, y el tema específicamente que nos ocupa en este apartado de la tesis, probablemente sea uno de los más controversiales, pues como se desarrollará, el test de convencionalidad supone un giro total respecto de las pautas que marcan el ordenamiento jurídico actual.

Dicho esto, es pertinente señalar que la estructura piramidal de Kelsen al ser heredera de la estructura escalonada del orden jurídico adoptada por Adolf Merkl⁹², es una estructura que establece un orden jurídico fundado en la determinación de las normas superiores respecto de las inferiores, lo que queda claramente evidenciado con la noción Merkliana que señala lo siguiente:

“...la proposición jurídica no puede ser pensada sin la proposición jurídica precedente, pues a ella debe su validez, se puede calificar a ésta como superior y a la proposición jurídica dependiente como inferior...

La cadena de proposiciones jurídicas determinantes y determinadas se muestra, por tanto, como una cadena de rango, como una jerarquía de actos superiores e inferiores, por hablar en términos figurativos.”⁹³

En base a esta afirmación podríamos señalar que bajo ninguna circunstancia una norma de “menor jerarquía” podría prevalecer respecto de la de “mayor jerarquía” o ser más amplia que esta última, deducción que claramente atenta la naturaleza del Artículo 29.b

⁹² KELSEN Hans, “*Teoría General del Estado*”. Editora Nacional Edial, México 1957, pág. 305.

⁹³ MERKL Adolf., “*Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)*”, 3 Revista de Derecho Constitucional, 1931 (2005) pág. 304.

de la Convención Americana, debido a que como ya se mencionó, la preferencia en la aplicación de una norma u otra no debería depender de su jerarquía normativa (esquema positivista), sino más bien de su mayor o menor compatibilidad con la norma internacional protectora de los derechos humanos (Test de Convencionalidad), planteamiento último y correcto que se ve reflejado en la concepción de una Inversión Estructural de la Pirámide kelseniana, lo que en palabras del profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires, Nolberto Garay, constituye un modelo que permite repensar el funcionamiento del orden jurídico/normativo en el que la dinámica de determinación de la norma superior sobre la inferior, podrá darse tal y como acontece en la pirámide kelseniana, no obstante, permite la posibilidad de que la norma inferior sea materialmente más amplia que la superior⁹⁴

Esta afirmación, encuentra un fundamento claro en el Test de Convencionalidad, ya que este control no solo tiene como implicancia la supremacía del Pacto de San José, sobre cualquier norma incluso la Constitución, como ya se explicó, sino que además tal y como explica Sagüés:

“...la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto... el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad” ...”⁹⁵

⁹⁴ GARAY BOZA, Nolberto E. “Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la pirámide kelseniana”, Int. Am. & Eur.Hum.Rts.J / Rev.Int.Am.& Eur.D.H, V. 5, No. 1-2, 2012, Universidad de Gante, Bélgica, pp. 124-147

⁹⁵ SAGÜÉS, Nestor Pedro, “El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, supra nota 21, pág. 3

En ese sentido, la premisa sobre la cual trabaja *la inversión estructural de la pirámide kelseniana* es que las normas nacionales son *válidas* por su compatibilidad con la Convención Americana e interpretaciones que de tal instrumento haga la Corte IDH, aun cuando tales normas sean contrarias a otras superiores a ellas dentro del orden jurídico nacional, partiendo por tanto de la idea de su eficacia, debido a que tal como aseveraba Kelsen “... *La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.*”⁹⁶

Dicho esto, cabría preguntarse si acaso el único fundamento de *la inversión estructural de la pirámide kelseniana* es el Test de Convencionalidad; circunstancia que no resulta poco relevante, pues la más importante característica de este planteamiento, es su aplicación específica respecto de normas que tutelen derechos humanos, ello en atención al principio de progresividad desarrollado por Nikken el cual estima que:

“...*la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella...*”⁹⁷ siempre y cuando este “... *pueda ser considerado como “inherente a la persona humana”*”⁹⁸

En ese parámetro de ideas y siempre bajo lo establecido por el principio de progresividad, característica fundamental de los derechos humanos, una norma independientemente de su jerarquía podría adquirir rango Constitucional o Supraconstitucional, siempre y cuando tales normas coincidan con el derecho internacional de los derechos humanos, circunstancia que evidentemente colisiona con la concepción clásica del positivismo

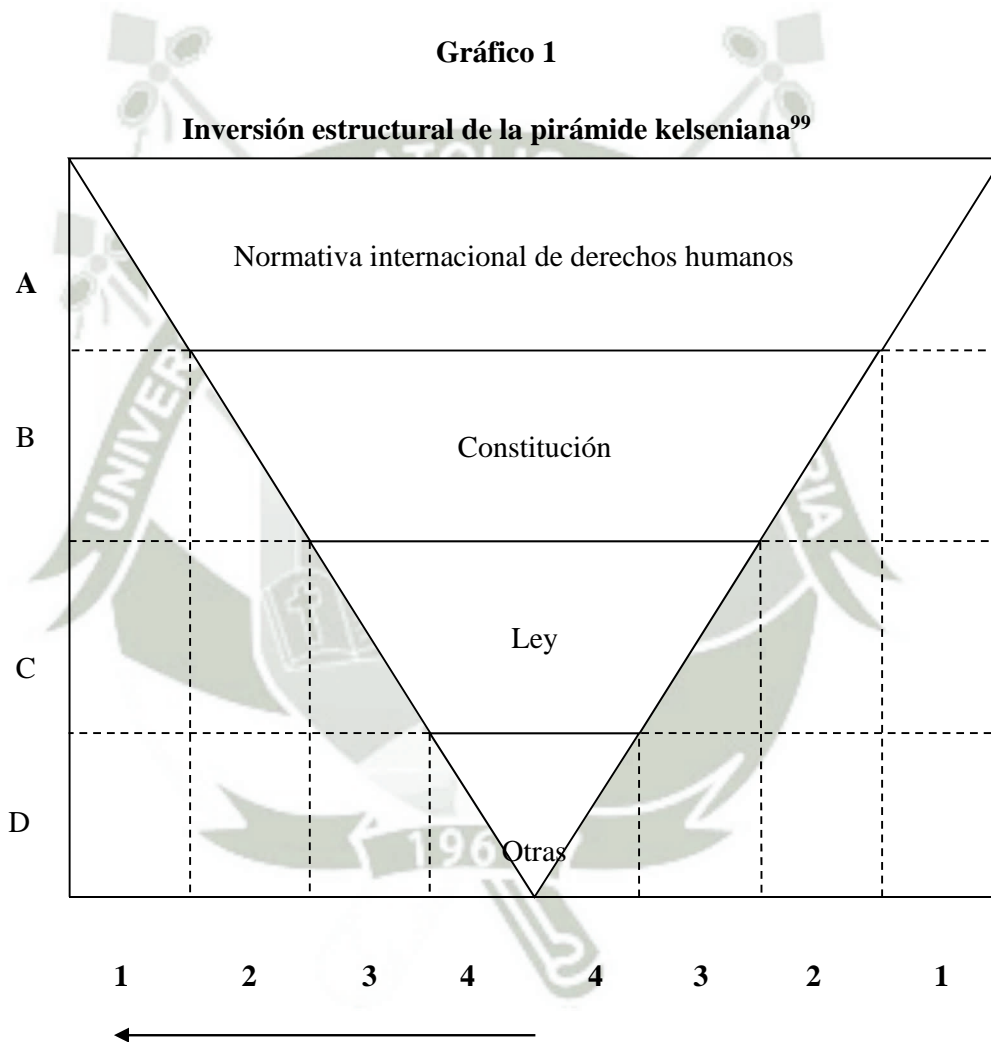
⁹⁶ KELSEN Hans, “*Teoría General del Estado*”, supra nota 92, pág. 32

⁹⁷ NIKKEN, Peter, “*El concepto de derechos humanos*”, Estudios básicos de derechos humanos, 1994, págs. 25.

⁹⁸ *Ibídem* pág. 26

según la cual la norma superior determina (en ocasiones de forma trágica) a su inferior jerárquica.

Dicho esto y tal y como lo señala Nolberto Garay, la Inversión Piramidal Kelseniana podría graficarse de la siguiente manera:



Flujo normativo de compatibilidad DIDH

⁹⁹ GARAY BOZA, Nolberto E. “Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la pirámide kelseniana”, supra nota 94, pág. 137

Así y a efecto de una mayor comprensión en cuanto a las implicancias de *la inversión estructural de la pirámide kelseniana* me permito ejemplificar lo antes desarrollado:

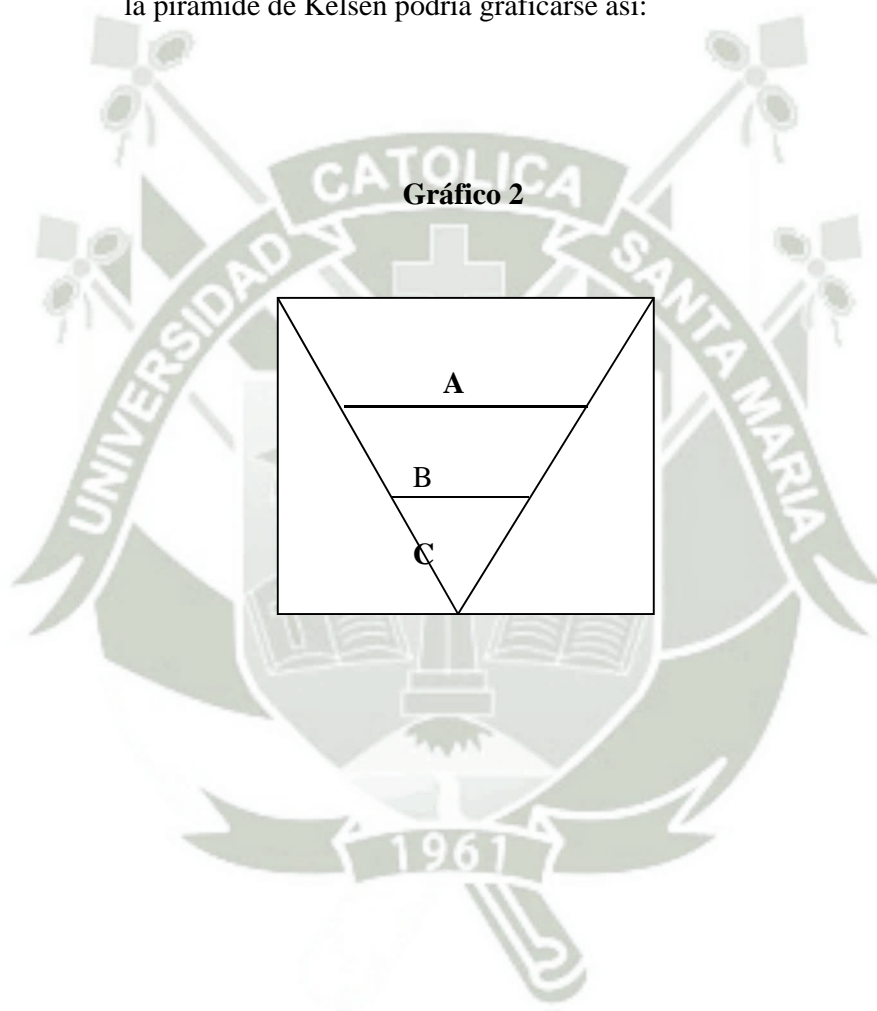
Pongámonos en el supuesto consentido de la existencia de tres normas A, B y C *i)* Siendo la norma A, aquella que conlleva dentro suyo todo el parámetro convencional (CADH, Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, Jurisprudencia y Opiniones Consultivas de la Corte IDH), *ii)* Por su parte la norma B viene a ser la Constitución Política de un Estado y por último, *iii)* La norma C, son todas aquellas normas infraconstitucionales en materia de derechos humanos.

Dicho esto debemos agregar que la norma A, determina el contenido de la norma B, y ésta a su vez determina a C, por lo que en el esquema positivista aquí planteado la norma C no podría exceder a B, y esta última a su vez no podría exceder la norma A (ya que ello conllevaría su anulabilidad), e igualmente C no podría ser más compatible con A que B, de lo que se deduce que ninguna norma inferior podría exceder la determinación de su superior inmediata, ello claro está según el entendimiento clásico del positivismo.

Sin embargo, la inversión estructural de la pirámide de Kelsen, a través del Test de Convencionalidad y del principio de progresividad vislumbra la posibilidad que C y A sean compatibles aun cuando B no lo sea, excediendo por tanto C la determinación de una norma jerárquicamente superior como B, circunstancia que puede dar cuenta de una especie de

salto escalonado, algo completamente inconcebible según Merkl, pero que desde nuestro punto de vista y a la luz del análisis realizado respecto de esta figura jurídica, consideramos como la mejor alternativa en pro de la salvaguarda de los derechos humanos

En ese entendido y según el ejemplo planteado, la inversión estructural de la pirámide de Kelsen podría graficarse así:



CONSLUSIONES

- El Test o Control de Convencionalidad es una técnica de control normativo que tiene como fundamento y base de creación los Artículos 1.1, 2 y 62.3 de la Convención, pues el carácter vinculante de estos, hace posible que exista una norma de control (Convención Americana), misma que evaluará la legalidad de las normas de origen o carácter interno (incluida la Constitución). Es decir para que las disposiciones legales de carácter interno, produzcan efectos jurídicos, tienen que ser capaces de soportar un test de control, donde el parámetro a tener en cuenta es la Convención Americana.
- El test de convencionalidad en principio tiene como parámetro de control a la Convención Americana, sin perjuicio de ello este parámetro se extiende a la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana, como último y máximo intérprete de la Convención, y a los tratados internacionales de los que ha hecho uso este Tribunal supranacional para darle alcance y contenido a los Artículos de la Convención, aplicando la misma premisa respecto de las Opiniones Consultivas, ello en razón de su carácter vinculante.
- Los primeros llamados a realizar el control de convencionalidad son los jueces y tribunales a nivel interno, ello incluye todos los poderes del Estado, el Poder Judicial en todas sus instancias y el Tribunal Constitucional (control difuso), pues son ellos los primeros encargados de velar por el respeto y garantía de la Convención, debiendo agotarse en tal sentido esta vía previa, y solo cuando la

vulneración persista ante la falta de tutela efectiva, se podrá llegar a instancias superiores donde el encargado último de velar por el cumplimiento de dicho control será la Corte Interamericana (control concentrado).

- Para la realización del control de convencionalidad, no es necesario la activación de tal obligación a pedido de parte, sino que puede y debe ser realizada de oficio.
- La importancia del test de convencionalidad es tanto dogmática como práctica, ello en razón que solo a través de su total entendimiento será posible trasladarla a la realidad de manera correcta, lo que dependerá en gran medida de la aplicación que realicen los órganos jurisdiccionales de más alta jerarquía en nuestro país.
- El Perú es un país en el que, el test de convencionalidad adquiere mayor relevancia pues, por su incumplimiento, el Estado peruano ha sido objeto de una serie de condenas a nivel internacional, lo que hace imperante que tanto los jueces como tribunales internos, tengan un cabal conocimiento de dicha figura, pues como se demostró en el presente trabajo de investigación, hasta el momento la participación de nuestros órganos jurisdiccionales a través de sus sentencias ha sido nefasta y muy desatinada, lo que en la actualidad podría decirse ya se ha concretado en una permanente amenaza, pues el constante incumplimiento del control de convencionalidad hace que nuestra condena internacional se torne inminente.

- A través y como consecuencia del control de Convencionalidad así como del principio de progresividad las normas de menor jerarquía pueden adquirir un rango Constitucional o supraconstitucional, siempre y cuando estas den una mayor protección de los derechos humanos, existiendo por tanto una mayor compatibilidad con lo que constituye el bloque de convencionalidad, dando lugar así a la inversión estructural de la pirámide kelseniana.



PROPUESTA NORMATIVA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/2014

DEL 13 DE OCTUBRE DE 2014

**EL TEST DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN RESPECTO DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE

LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

SOLICITADA POR LA

REPÚBLICA DE PERÚ

Estuvieron presentes:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente

Roberto F. Caldas, Vicepresidente

Manuel Ventura Robles, Juez

Diego García Sayán, Juez

Eduardo Vio Grossi, Juez

Eduardo Ferrer Mac – Gregor Poisot, Juez

Alberto Perez Perez, Juez

Estuvieron, además, presentes:

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodriguez, Secretaria Adjunta

De conformidad con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 70, 71 y 72 del Nuevo Reglamento de la Corte¹⁰⁰ (en adelante “el Reglamento”), emite la siguiente Opinión Consultiva

¹⁰⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 15 de junio de 2014 la República de Perú (en adelante “Perú” o “el Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana, y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento presentó una solicitud de Opinión Consultiva (en adelante “la solicitud” o “la consulta”) referida a la “interpretación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención”, en relación con “La figura del Test de Convencionalidad”, así como “El análisis de este Test respecto de su Constitución Política”

2. Como agente titular fue designado Don Luis Wilfredo Sandiga Cabrera, Agente representante del Estado y Embajador en Costa Rica

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

3. Mediante notas de fecha 15 de agosto de 2014 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 del Reglamento, transmitió la consulta a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”).

4. En dichas comunicaciones, informó que el Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”), en consulta con el Tribunal, había fijado el 7 de octubre de 2014 como fecha límite para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada.

5. Igualmente, siguiendo instrucciones del Presidente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento, la Secretaría, mediante notas de fecha 1 de septiembre de 2014 y a través del sitio Web de la Corte Interamericana, invitó a diversas organizaciones y sociedad civil en general, además de instituciones académicas de la región, así como a cualquier persona interesada a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y la comunicación del Secretario fue respondida por los siguientes Estados a través de sus observaciones escritas: la República de Argentina (en adelante “Argentina”), la República de Bolivia (en adelante “Bolivia”), la República Federativa del Brasil (en adelante “Brasil”), la República de Colombia (en adelante “Colombia”), los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México”), la

República de Paraguay (en adelante “paraguay”), la República de El Salvador (en adelante “El Salvador”), y la Comisión Interamericana.

7. Asimismo, se recibieron los escritos presentados en calidad de *amici curiae* de: La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la International Human Rights Clinic, Seattle University School of Law, el Urban Morgan Institute for Human Rights of the University of Cincinnati College of Law, el Centro de Derechos Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport” de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin de los Estados Unidos de América (The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice, The University of Texas at Austin, School of Law)

8. La Corte, reunida en su Período Ordinario de Sesiones, fijó una audiencia pública para el 20 de noviembre de 2014, con el fin de escuchar las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la petición de opinión consultiva.

9. En la audiencia pública celebrada ante la Corte se realizaron manifestaciones orales por los siguientes representantes:

Por el Perú:

Don Luis Wilfredo Sandiga Cabrera, Agente representante del Estado y Embajador en Costa Rica

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Don Felipe Gonzalez, Delegado y Miembro

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

10. Perú expuso las consideraciones que generaron la consulta y entre ellas señaló que

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es en la actualidad objeto de un profundo debate relacionado con la necesidad y conveniencia de adoptar diversas medidas respecto de su funcionamiento, medidas que giran en este último tiempo, fundamentalmente, en torno a la introducción de reformas orientadas a aplicación del control de Convencionalidad

En el contexto de dicho proceso de reflexión, sin embargo, surgen una serie de dudas que recogen legítimas inquietudes, respecto tanto de la concepción meramente dogmática del Test de Convencionalidad, como respecto de su aplicación obligatoria por cada órgano del Estado peruano. Dicho esto es necesario señalar que los jueces peruanos a nivel interno entran en una verdadera incertidumbre a la hora de analizar esta figura jurídica, pues en el supuesto consentido que la Constitución Política del Perú, colisione con lo establecido en la Convención Americana, (norma última que a nivel interno tiene rango constitucional mas no supraconstitucional), podría dar lugar a una posible contravención de los derechos humanos por indebida aplicación de una norma u otra.

En ese sentido, el análisis sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resulta, a juicio del Gobierno peruano, un marco propicio para excitar la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de poner a su consideración la

presente solicitud de opinión jurídica respecto de dos cuestiones que, a consideración de la República del Perú, y en el marco de la práctica actual del sistema, se revelan de vital importancia, especialmente para evitar la vulneración de derechos humanos y la consecuente Responsabilidad Internacional de nuestro estado por una indebida aplicación del Control de Convencionalidad

11. Con base en lo anterior la república del Perú a través de la consulta pregunta, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

¿Quiénes y cómo deben arribar el tema del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos?

En ese sentido, el Gobierno peruano solicita que la consulta absuelva las siguientes preguntas específicas:

- i. ¿Todas las normas a nivel interno, incluida la Constitución, están sujetas al Test de Convencionalidad?**

- ii. En caso de colisión entre la Constitución Política del Perú y la Convención Americana, de prevalecer esta**

**última ¿Se estaría vulnerando la soberanía del
Estado peruano?**

11. El artículo 64 de la Convención señala:

1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La 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.

12. De la lectura de la consulta formulada por el Estado peruano se desprende que, en realidad, Perú ha planteado una sola pregunta con dos posibles alternativas de respuesta.

13. El asunto principal consiste en definir cuál es el tratamiento que debe darse al Control de Convencionalidad, circunstancia que podría surgir tanto a pedido de parte o *ex officio* en el seno del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. De ahí que, la opinión solicitada conduzca a la fijación de ciertos parámetros como consecuencia de la aplicación de los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

14. Dicho esto, el análisis y consiguiente respuesta de la pregunta planteada, servirá para de una vez por todas, determinar los fundamentos, naturaleza, características y correcta

aplicación del Test de Convencionalidad; circunstancias todas que si bien han sido tratadas de manera separada en diferentes sentencias emitidas por esta Honorable Corte, la presente Opinión Consultiva permitirá absolver todo tipo de duda respecto a esta figura jurídica de reciente adopción por este Tribunal Interamericano

15. Es pertinente señalar además, que responder la interrogante planteada por el Estado peruano es de suma importancia, puesto que sirve para establecer un orden al interior del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, orden jurídico/normativo precisamente basado en la supremacía del bloque convencional, y a cuyo control están sometidas todas las normas de carácter interno, por lo que arribar la interrogante con las diversas variable que ofrece, constituye un elemento importante a tenerse en cuenta en lo posterior.

16. La presente consulta permitirá así a esta Corte, como guardiana y última intérprete de la Convención Americana armonizar la concepción dogmática en relación al Test de Convencionalidad, y como consecuencia de ello supondrá la absolución de cualquier tipo de duda o inquietud por parte de los Estados a la hora de su aplicación, ello con el objetivo único de la mayor y más efectiva protección de los derechos humanos.

IV. COMPETENCIA DE LA CORTE

17. Al considerar la solicitud del Perú, la Corte debe resolver ciertas cuestiones preliminares relacionadas con la misma. Una de éstas se refiere a la competencia de este Tribunal para conocer de esta petición, dado no sólo que el Secretario General de la OEA ha sido designado como depositario de esta Convención (ver artículos 74, 76, 78, 79 y 81), sino que también éste, de acuerdo con la práctica tradicional de la OEA, realiza consultas con los Estados Miembros cuando se suscitan disputas concernientes a la ratificación, entrada en vigor, reservas de los tratados, etc.¹⁰¹

18. Esta consulta ha sido sometida a la Corte por el Estado de Perú, en uso de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la Convención Americana. Perú es Estado Miembro de la OEA y, por tanto, tiene el derecho de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas acerca de la interpretación de dicho tratado.

La solicitud cumple formalmente las exigencias de lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, según el cual para que una solicitud sea considerada por la Corte las preguntas deben ser formuladas con precisión, especificar las disposiciones que deben ser interpretadas, indicar las consideraciones que la originan y suministrar el nombre y dirección del agente.

Así, la Corte recuerda además que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva¹⁰².

¹⁰¹ Normas sobre Reservas a los Tratados Multilaterales Interamericanos", OEA/AG/RES. 102 (III-0/73); MONROY CABRA, M.G., *Derecho de los Tratados*, Bogotá, Colombia, 1978, págs. 58-72; RUDA, J.M., "Reservations to Treaties", *Recueil des Cours*, 1973, vol. 146, págs. 95 ss.

¹⁰² Corte IDH: Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 16;

En esta línea, el Tribunal observa que la consulta formulada por Perú se relaciona con una situación precisa referente a la aplicación del Test de Convencionalidad a nivel interno.

Dicho esto, la presente solicitud de consulta se refiere a la interpretación jurídica de ciertos preceptos de la Convención Americana respecto del Test de Convencionalidad. Sobre este punto, al afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo¹⁰³. Dicha función permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser “intérprete última de la Convención Americana”¹⁰⁴

Tomando en cuenta lo anterior, el Tribunal no encuentra en la presente consulta razones para abstenerse de absolverla, por lo cual la admite y procede a resolverla.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 35, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 65

¹⁰³ Corte IDH: "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, supra nota 69, párr. 14; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, supra nota 102, párr. 64, y Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 18.

¹⁰⁴ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 32, párr. 124, y Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 37, párr. 173

V. LEGITIMACIÓN DEL PERÚ PARA SOLICITAR ESTA OPINIÓN CONSULTIVA

Lo que sigue por determinar es si el Estado de Perú está legitimado para solicitar de la Corte esta opinión consultiva en particular. La Corte señala, al respecto, que la Convención, al conferir el derecho de solicitar opiniones consultivas, distingue entre los Estados Miembros de la OEA y los órganos de ésta. De acuerdo con el artículo 64, todos los Estados Miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, tienen el derecho de solicitar una opinión consultiva "*acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos*". Asimismo, los órganos de la OEA disfrutaban de ese mismo derecho, pero solamente en lo que les compete. Así que, mientras los Estados Miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en lo que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente.

15. Es evidente, por lo tanto, que Perú tiene un legítimo interés en una consulta como la que presentó, que trata sobre el tratamiento del Test de Convencionalidad por parte del Estado a nivel interno, lo que podría vincular al Gobierno peruano en futuras contiendas en las que se encuentren comprometidos sus intereses. Por consiguiente, la Corte estima que la opinión consultiva solicitada se encuentra dentro de la esfera de derechos conferidos por la Convención al Estado de Perú.

VI. DERECHOS RECONOCIDOS POR EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN

Una vez resueltas las anteriores cuestiones preliminares, la Corte está ahora en posición de contestar la pregunta específica sometida a ella por el Estado peticionante, la misma que busca determinar el tratamiento del Test de Convencionalidad a nivel interno.

18. Para responder a esta pregunta, la Corte hace notar que dos disposiciones de la Convención establecen un punto de partida para su examen. El primero es el artículo 1.1, el cual reza:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

El segundo es el artículo 2, que declara:

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

Esta Corte considera pertinente citar los artículos 1.1 y 2 de la Convención debido a que ambos guardan una estrecha relación útil a fin de resolver la consulta que se pone a consideración de esta Corte. Dicho esto corresponde aclarar que artículos en referencia son la base jurídica sobre la cual descansan las obligaciones impuestas por el Test de Convencionalidad, razón por la cual este Tribunal considera necesario, antes de abordar de manera directa la absolución de las preguntas planteadas por el Estado peruano, el realizar un correcto análisis de los artículos con el objetivo de coadyuvar a la solución de la presente consulta, dada la amplitud de la misma a lo largo de las interrogantes planteadas.

El primer tema a abordar para una correcta comprensión del Test de Convencionalidad, es la naturaleza vinculante y obligatorio de la cual goza la Convención Americana, naturaleza que precisamente posee desde su nacimiento gracias a sus Artículos 1.1 y 2, guardando completa correlación con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁵, debido a que dicho instrumento establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, afirmación que va de la mano con lo establecido en el Artículo 19.c¹⁰⁶ según el cual un Estado al momento de ratificar por ejemplo la Convención, no podría realizar reservas que contravengan el objeto y fin de dicho tratado, circunstancia más que coherente con los objetivos del control de convencionalidad, pues

¹⁰⁵ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46

¹⁰⁶ Artículo 19.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

si se permitiese la posibilidad de realizar una reserva respecto de los Artículos 1.1 y 2 de la Convención, se desnaturalizaría por completo el carácter vinculante de la Convención.

Las consideraciones previas que pone a consideración este alto Tribunal no son meras afirmaciones, pues contrario a lo que la doctrina mayoritaria piensa, el Test de Convencionalidad no nació como resultado de una Sentencia de esta Corte, sino que más bien constituye una obligación que impone la propia Convención Americana, y que la Corte desde el primer caso contencioso que llevo, hasta el último sigue realizando un control concentrado de convencionalidad, sin perjuicio de ello lo que concretó este Tribunal en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*¹⁰⁷, fue plasmar el Test de Convencionalidad al caso en concreto (control difuso de convencionalidad), para así como máxima y última intérprete del Pacto de San José brindar algunos alcances sobre su aplicación y concepción.

Dicho esto y con el objetivo de responder la inquietud del Estado peruano respecto a cómo debe arribarse el tema del Test de Convencionalidad en el Sistema Interamericana de Protección a los Derechos Humanos, este Honorable Tribunal considera necesario hacer un recuento de aquellas sentencias en las cuales se ha pronunciado y ha realizado algún avance sustancial respecto a la figura jurídica en mención. Así como punto de partida debemos mencionar:

- i. Caso **Almonacid Arellano contra Chile**¹⁰⁸, sentencia a través de la cual, esta Corte, hacía extensivo por vez primera el Test de Convencionalidad, dejando de ser una facultad exclusiva de la Corte Interamericana (control

¹⁰⁷ Corte IDH: Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, supra nota 32, párr. 124.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

concentrado), para ser además una obligación que los jueces y tribunales internos deben cumplir (control difuso). Interpretación hecha en el considerando 124 de la sentencia bajo análisis, que responde específicamente a los criterios establecidos en el ámbito internacional respecto a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues aplicando lo dispuesto en el Artículo 46.1.a¹⁰⁹ de la Convención, la intervención de esta Corte es meramente subsidiaria¹¹⁰, por lo que, resulta lógico y coherente pensar que los primeros llamados a realizar el control de convencionalidad deben ser los jueces y tribunales internos, ya que, en principio, son ellos los encargados de velar por el respeto y garantía de la Convención.

- ii. Como segundo punto otro caso trascendental que permitió el desarrollo Test de Convencionalidad es el caso **Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú**¹¹¹, en razón de que en la sentencia recaída en el caso contencioso bajo análisis, esta Corte no solo se limitó a definir y conceptualizar este control, sino que además señaló la manera en que debe ser aplicado por los jueces y tribunales internos, no debiendo estos esperar el accionar de las parte, sino más bien actuar *ex officio*,

¹⁰⁹ Artículo 46.1.a Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos

¹¹⁰Corte IDH: Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, supra nota 35, párr. 30, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, supra nota 36, párr. 23

¹¹¹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, supra nota 39, párr. 128

- iii. Por último el caso **Cabrera García y Montiel Flores contra México**¹¹², proceso en el que este Tribunal despejó toda duda respecto de quienes son los obligados a realizar el Test de Convencionalidad señalando que compete tal obligación *i)* a todos los órganos del Estado, *ii)* los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, y *iii)* los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia, es decir el Poder Judicial en todas sus instancias.

Dicho esto y haciendo un análisis conjunto de las sentencias antes citadas, corresponde resolver la primera pregunta planteada por el Estado peruano respecto a cómo debe arribarse el tema del Test de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección a los derechos humanos, estableciendo en ese sentido esta Corte, que el control de convencionalidad al ser una técnica de control normativo en salvaguarda de la convención, los primeros llamados a aplicarla son los jueces y tribunales a nivel interno de manera obligatoria y de oficio, ya que este test constituye un estándar mínimo de protección a los derechos humanos, cuyo control no está reservado únicamente a la Corte Interamericana, sino también a todos los órganos del Estado.

Ahora bien, habiendo establecido la concepción dogmática del test de convencionalidad corresponde resolver las dos siguientes preguntas del Estado peruano respecto de si su Constitución está sujeta a este control y si ello no implicaría una intromisión vulneratoria de su soberanía. Dicho esto esta Honorable Corte considera pertinente citar algunos casos en los cuales dicha eventualidad ya se dio, para así observar cómo se resolvieron los casos en mención.

¹¹² Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 41, párr. 63

- i. Un caso emblemático llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, homólogo de esta Corte, es el de **Rekvényi contra Hungría**¹¹³ cuya sentencia del año 1999 puso en manos del Tribunal supranacional el resolver si era capaz de cuestionar disposiciones contenidas en la Constitución húngara, ello debido a que la demanda ponía en conocimiento del Tribunal Europeo la existencia de una disposición en la Constitución que impedía a los miembros de las fuerzas armadas y policiales el ejercicio del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas; lo que ha entender del peticionante iba en contra del Convenio Europeo pues según su entender se estaba vulnerando el derecho de asociación consagrado en el tratado internacional

Si bien en este proceso la demanda terminó siendo desestimada debido a que la homóloga Europea de este Tribunal falló en el sentido que la medida adoptada por el gobierno húngaro era proporcional, por cuanto respondía a la realidad social y política del país, dicho caso representó uno de los primeros casos conocidos, en el que se cuestionó la Constitución de un estado bajo los parámetros de un tratado internacional, lo que indudablemente demuestra el ejercicio del control de convencionalidad realizado por el Tribunal Europeo

- ii. La situación antes mencionada también se presentó también en esta parte del hemisferio ante esta Corte, a través del caso la **Última Tentación de Cristo contra Chile**¹¹⁴. En dicho proceso se puso en juego la legitimidad

¹¹³ GARLICKI, Lech. “*Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité*”. *Rencontre entre le Conseil constitutionnel et la Coureuropéenne des droits de l’homme*, supra nota 83, pág. 3

¹¹⁴ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo “(Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, supra 84, párrafo 72

de uno de los extremos de la Constitución Chilena, pues ella consagraba la censura previa, circunstancia expresamente prohibida por el Artículo 13.2¹¹⁵ de la Convención, lo que ocasionó que este alto Tribunal declarara la responsabilidad del Estado, específicamente de su Poder Legislativo y Poder Judicial; al no haber aplicado de manera oportuna el test de convencionalidad, pues de haberlo hecho habría advertido la manifiesta contravención de dicho extremo de la Constitución respecto de la Convención Americana

- iii. Otro caso en el que esta Corte Interamericana aplicó el test de convencionalidad respecto de una Constitución es el de **Boyce y otros contra Barbados**¹¹⁶. Caso de particular relevancia, pues la Constitución de Barbados no afectaba solo un derecho contenido en la Convención, sino que era contraria a una serie de disposiciones contenidas en el Tratado Internacional.

La sentencia recaía en el proceso en mención discutía la legitimidad del Artículo 26 de la Constitución de Barbados, pues el contenido del precitado artículo impedía a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida al no permitir el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona de dicho país.

¹¹⁵ Artículo 13.2 El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley

¹¹⁶ Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, supra nota 38, párr. 78 y 79

En este proceso las normas que estuvieron sujetas a control son el Artículo 26 de la Constitución de Barbados, y los Artículos 4.1¹¹⁷ y 25.1¹¹⁸ de la Convención Americana, dando como resultado del examen de convencionalidad la manifiesta violación tanto del derecho a la vida como del derecho a la protección judicial, por lo que respondiendo a la inconventionalidad de las normas, el Artículo 26 desde su nacimiento no debió generar ningún efecto jurídico por contravenir el espíritu de la Convención

De los tres casos analizados (Rekvényi contra Hungría, La Última tentación de Cristo contra Chile y Boyce y otros contra Barbados) tanto esta Corte como su homóloga Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han arrogado facultades para evaluar la legitimidad de las Constituciones de los Estados que han reconocido su competencia, circunstancia que no obedece a un simple capricho de estos altos Tribunales, sino que tiene como fundamento la adecuación del derecho interno a lo establecido en sus respectivas convenciones, situación que implica a tal adecuación la adopción de medidas en dos vertientes *i*) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio (principios de buena fe y de efecto útil) y *ii*) La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (principio internacionalista que

¹¹⁷ Artículo 4.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente

¹¹⁸ Artículo 25.1 Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales

impide alegar el derecho interno como justificación al incumplimiento de la Convención Americana)¹¹⁹; medidas ambas que se basan en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que nos hace estar plenamente de acuerdo con la imposibilidad que tiene un Estado de alegar cualquier norma de derecho interno, incluida su Constitución, como justificación al incumplimiento de la Convención Americana, postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la medida que la persona humana constituye un sujeto del derecho internacional¹²⁰

Dicho esto y habiendo realizado el análisis correspondiente, se puede concluir a la luz de lo expuesto y de la Jurisprudencia de esta Corte, que no constituiría una afrenta a la soberanía de ningún Estado, el poner bajo el examen de convencionalidad a su Constitución, más aun cuando esta figura jurídica nace como una obligación que impone la Convención Americana, tratado internacional que el Perú ha reconocido Por lo anteriormente señalado:

LA CORTE ES DE OPINIÓN,

Por Unanimidad

Que, la base jurídica que dio origen al Test de Convencionalidad son los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello en concordancia con los Artículo 27 y 19.c de la Convención de Viena, por lo que el control de convencionalidad

¹¹⁹ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supra nota 30, párr. 207

¹²⁰ LANDA ARROLLO, Cesar, “*Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”, supra nota 89, pág. 3

nació como una obligación impuesta no por la Corte Interamericana sino por la propia Convención Americana.

Por Unanimidad

Que, el Test de Convencionalidad al ser una técnica de control normativo en salvaguarda de la Convención, los primeros llamados a aplicarla son los jueces y tribunales a nivel interno de manera obligatoria y de oficio, ello debido a que test constituye un estándar mínimo de protección a los derechos humanos, cuyo control no está reservado únicamente a la Corte Interamericana (control concentrado), sino también a todos los órganos del Estado (control difuso).

Por Unanimidad

Que a la luz de lo expuesto y de la Jurisprudencia de esta Corte, no constituiría una afrenta a la soberanía de ningún Estado, el poner bajo el examen de convencionalidad a su Constitución, ya que ello sería dejar una puerta abierta al incumplimiento del tratado alegando normativa interna y más aún cuando la figura jurídica del Test de Convencionalidad nace como una obligación que impone la Convención Americana, tratado internacional que el Perú ha reconocido.

Redactada en inglés y español, haciendo fe el texto en inglés, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 28 de noviembre de 2014.

Humberto Sierra Port

Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

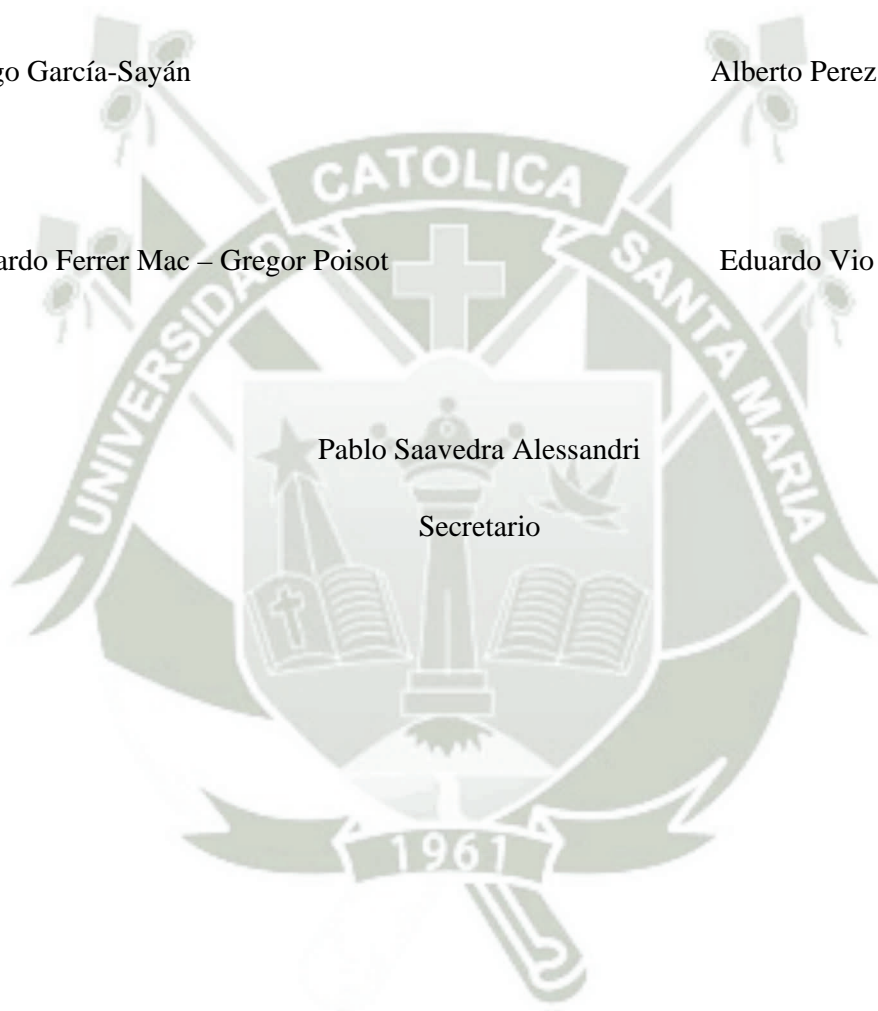
Alberto Perez Perez

Eduardo Ferrer Mac – Gregor Poisot

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario



BIBLIOGRAFÍA

1. Documentos Legales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en la Conferencia de Viena del 23 de mayo de 1969, abierta a la firma desde ese mismo día
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009

2. Libros y Artículos

- ALBANESE, Susana, “*Garantías Judiciales*”, Buenos Aires, Ediar, 2007, Págs. 346 y 347
- ALBANESE, Susana, “*El control de convencionalidad*”, Buenos Aires, Ediar, 2008, Pág. 15
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “*La primacía del derecho comunitario. Una mirada contrapuesta, La perspectiva española*”, en Carmona Contreras, Ana María (ed.). *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008. pág. 41
- BOYLE, Alan y CHINKIN, Christine “*The making of international law. New York*”: Oxford University Press, 2007, Págs.266-268
- BRUCE, Eva, “*Controle de Constitutionnalité et controle de conventonnalité. Réflexions autor de l’article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*”, septiembre de 2010, pág. 24. La traducción citada se toma de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “*La Justicia Constitucional. Una visión del derecho comparado.*”, Madrid, Dykinson, 2009, Tomo. I pág. 1207
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Artículo 1”. En: PETTITI, Louis et. al. *La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 1995, pp. 135-141
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*”. Lima: Editorial Palestra, 2007, p. 185

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma del juez mexicano”*. En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coordinadores). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.: UNAM, 2011, Pág. 365
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *“Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México D. F., nueva serie, año XLIV, N° 131, mayo-agosto de 2011, Págs. 917-967
- FUENTES TORRIJO, Ximena, *“El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”*, Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, núm. 15, invierno 2007, pág. 5 y 8
- GALVIS PATIÑO, María Clara y SALAZAR, Katya, *“La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales”*, Washington D.C. 2007, Pág. 9
- GARAY BOZA, Nolberto E. *“Gobernar desde abajo: del control de convencionalidad a la instrumentalización de la inversión estructural de la pirámide kelseniana”*, Int. Am. & Eur.Hum.Rts.J / Rev.Int.Am.& Eur.D.H, V. 5, No. 1-2, 2012, Universidad de Gante, Bélgica, pp. 124-147
- GARLICKI, Lech. *“Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité”*. Rencontre entre le Conseilconstitutionnel et la Coureuropéenne des droits de l’homme, Pág. 3 Consulta realizada el 26 de septiembre de 2012. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

- HARTWIG, Matthias, *“Much Ado About Human Rights. The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”*, German Law Journal, Vol. 6, 2005, pág. 869
- INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ *“Los caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos”*, Lima, 2007, Pág. 8
- JIMENA QUESADA, Luis. *“Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?”*. VIII Congreso de la ACE, Derecho constitucional Europeo, San Sebastián, 2010, Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012. <http://www.acoes.es/congresoVIII/ mesa2.htm>
- KELSEN Hans, *“Teoría General del Estado”*. Editora Nacional Edial, México 1957, pág. 305
- KONRAD, Hesse, *“Escritos de derecho constitucional”*, traducido por Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pág. 68 y siguientes
- LANDA ARROLLO, Cesar, *“Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”*, Pág. 3, Consulta realizada el 26 de septiembre de 2012. http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl_tratados_intl_tribconst_peru170705.pdf
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude, *“ECHR and National Jurisdiction – The Görgülü Case, en HFR2006”*, Beitrag 12, Seite 1, pág. 1
- MEDINA OTAZU, Augusto, *“El control difuso de convencionalidad: a propósito de la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo*

1097”, punto IV, párr. 3. Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012
<http://blog.pucp.edu.pe/item/131815/el-control-difuso-de-convencionalidad-a-proposito-de-la-sentencia-de-inconstitucionalidad-del-decreto-legislativo-1097>

- MERKL Adolf., “*Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)*”, 3 Revista de Derecho Constitucional, 1931 (2005) pág. 304
- NIKKEN, Peter, “*El concepto de derechos humanos*”, Estudios básicos de derechos humanos, 1994, págs. 25 y 26.
- ORTIZ GASPAR, David Aníbal. “*La Vulneración de los derechos fundamentales en sede constitucional. A propósito de la STC Exp. N° 0024-2010-PITC (Caso Decreto Legislativo N° 1097)*”. En Revista Gaceta Penal. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, N° 22, 2011, p. 33
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia, “*El control de convencionalidad y los convenios de la OIT*”, La Ley, año LXXIII, N°. 133, Buenos Aires, 2009, Pág. 1
- PAQUINO, Pascuale. “*The New Constitutional Adjudication in France*”, Pág. 11. Consulta realizada el 29 de septiembre de 2012. <http://www.astrid-online.it/>
- REY CANTOR, Ernesto “*Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*”. México D. F.: Porrúa. 2008., Págs. 41 a 46
- SAGÜÉS, Nestor Pedro, “*El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales*”, La Ley, Buenos Aires, año LXXIII, N° 35, 2009, Pág. 1

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *“El control de Convencionalidad, en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos Económico-Sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”*, México: UNAM, 2011, pág. 21. Consulta realizada el 10 de septiembre de 2013: www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf
- SCELLE, Georges. Citado en: SALMÓN, Elizabeth. *“Introducción al Derecho Internacional Humanitario”*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 35.
- SUDRE, Frédéric, *“Droit européen et international des droits de l’homme”*, Octava Edición, París Presses Universitaires de France, 2006, pág. 193
- V. JINESTA LOBO, Ernesto, *“La construcción de un Derecho administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, Año 11, No. 11, 2011, Págs. 112-120
- VALERIO DE OLIVEIRA, Mazzuoli, *“O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 2009, pág. 64
- VIDAL, Carlos, *“Alemania”*, en Tajadura, Javier y de Miguel, Josu (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 43

3. Corte Interamericana de derechos Humanos

a. Casos contenciosos

- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1
- Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30
- Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110
- Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162
- Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C, No. 169

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172
- Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186
- Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207
- Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209
- Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213
- Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214
- Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215
- Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C N° 217
- Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218

- Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221
- Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276

b. Opiniones consultivas

- "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1
- Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18
- Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19

c. Votos Razonados

- Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez al Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101
- Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez al Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114
- Voto razonado del Juez A. CançadoTrindade al Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez al Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez al Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192
- Voto Concurrente del Juez Roberto de Figueiredo Caldas Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219

- Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot al Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276

d. Resoluciones de la Presidencia de la Corte IDH

- Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, en los Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes

4. Jurisprudencia Comparada

a. Tribunal Constitucional del Perú

- EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, Sentencia del 09 de junio de 2010,

b. Suprema Corte de Justicia de La Nación de México.

- EXP. N.º 912/2010, Sentencia del 4 de octubre de 2011

5. Otros Documentos

- Normas sobre Reservas a los Tratados Multilaterales Interamericanos", OEA/AG/RES. 102 (III-0/73); MONROY CABRA, M.G., *Derecho de los Tratados*, Bogotá, Colombia, 1978, págs. 58-72; RUDA, J.M., "*Reservations to Treaties*", Recueil des Cours, 1973, vol. 146, págs. 95 ss.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, del 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34

- “Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT”.
Diario Oficial el Peruano. Lima, 03 de abril de 2012. Artículo 5 literal d).



ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS



***EL TEST DE CONVENCIONALIDAD: UN PRECEPTO COMO
CONSECUENCIA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA, PERÚ, 2013.***

***Proyecto de Tesis presentado por Julio
Martín Fernández Huaranca.***

***Para obtener el Título Profesional de
Abogado.***

AREQUIPA – PERÚ

2013



I. PREÁMBULO

La Convención Americana desde su creación ha logrado plasmar, a través de sendas sentencias emitidas por la Corte interamericana, una serie de cambios en materia de Derechos Humanos, siendo precisamente uno de ellos, la obligación que tiene todo Estado Parte de realizar un Test o Control de Convencionalidad respecto de todas las normas de carácter interno existentes en dicho ordenamiento.

Dicho lo anterior el tema pareciera estar resuelto y no plantear mayor complejidad; sin embargo, el desarrollo de dicha figura jurídica ha generado una serie de interrogantes que abarcan desde las más básicas como su origen hasta las más específicas como su aplicación; ello debido a que el test en mención de por sí implica la creación de categorías dogmáticas completamente nuevas, estableciendo la supremacía de la Convención, existiendo lo que en palabras de Ferrer sería un bloque de Convencionalidad¹²¹, constituido por una serie de normas sobre cualquier disposición de derecho interno (incluso la Constitución), dejando en el olvido interpretaciones enraizadas especialmente en nuestro ordenamiento y revolucionando la Teoría de las Fuentes del Derecho¹²².

Mencionado esto y aunque parezca brusca la afirmación, el también llamado control de convencionalidad es de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte de la Convención Americana, por lo que su inaplicación y más específicamente su contravención acarrearán indefectiblemente la Responsabilidad internacional del Estado infractor por la violación a los derechos humanos. En ese sentido y por la relevancia del

¹²¹ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, (2011). *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad en el nuevo paradigma del juez mexicano”*. En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coordinadores). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México D. F.: UNAM, 2011, Pág. 365

¹²² V. JINESTA LOBO, Ernesto, (2011) *“La construcción de un Derecho administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, Año 11, No. 11, 2011, Págs. 112-120

tema en mención, resultaría lógico pensar que la figura jurídica bajo análisis es harto conocida en nuestro país, sin embargo y yendo contra todo lo ya mencionado, tanto en el Perú como en gran parte del Continente Americano las más altas esferas jurisdiccionales siguen manteniendo un amplio desconocimiento respecto de este tema, lo que a primera vista resulta irónico, pues ya varios países, incluyendo el nuestro han sido condenados internacionalmente por la violación e incumplimiento de dicho control. En base a este precepto y al poco entendimiento que existe tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia nacional, respecto al tema aquí planteado, el presente trabajo, está orientado a delimitar todos los aspectos concernientes al test de convencionalidad, desde el entendimiento de su origen para delimitar su correcta aplicación hasta la manera en que nuestro ordenamiento debe efectivizarlo; pues como este trabajo desarrollará, el común desconocimiento existente respecto a este tipo de control pone de por sí a nuestro país bajo un riesgo potencial, que cada vez adquiere mayor relevancia y que de ignorarlo, veremos una vez más al Perú, condenado internacionalmente por el incumplimiento de las obligaciones que impone la supremacía de la Convención Americana a través del Test de Convencionalidad.

Arequipa, enero 2013.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

El Test de Convencionalidad en el Perú: Un precepto como consecuencia de la Supremacía de la Convención Americana, Arequipa, 2013.

1.2. Descripción del Problema

- 1.2.1. Campo : Ciencias Jurídicas.
- 1.2.2. Área : Derecho Internacional Público
- 1.2.3. Línea : Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 1.2.4. Operacionalización de Variables

TIPO DE VARIABLE	VARIABLE	INDICADOR
INDEPENDIENTE	SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA	- Marco Constitucional - Legislación comparada - Derechos Vulnerados

<p>DEPENDIENTE</p> <p>1</p>	<p>TEST DE CONVENCIONALIDAD</p>	<p>- Jurisprudencia Nacional e Internacional</p> <p>- Legislación Comparada</p> <p>- Derechos vulnerados</p>
-----------------------------	-------------------------------------	--

1.2.5. Interrogantes básicas de la investigación

- a) ¿Qué establece la legislación comparada a la hora de analizar la posición de la Convención Americana en las Fuentes del Derecho?
- b) ¿Los derechos vulnerados influyen a la hora de analizar la jerarquización de la Convención Americana?
- c) ¿Qué papel ha desarrollado la Corte Interamericana en la evolución del Test de Convencionalidad?
- d) ¿Cómo se ha plasmado el Test de Convencionalidad en la Legislación comparada?
- e) ¿Qué influencia tienen los derechos vulnerados en la aplicación del Test de Convencionalidad

1.2.6. Tipo y nivel de investigación

1.2.6.1. Tipo

Descriptiva

1.2.6.2. Nivel

Por el Nivel de Profundización: Pura.

1.3. Justificación

El Test de Convencionalidad actualmente es un tema de trascendencia no solo nacional sino también internacional, debido a que si bien dicha figura no es de reciente creación, su comprensión y delimitación si están en plena evolución, circunstancia que se pone de manifiesto en la gran incertidumbre existente en la doctrina respecto de aspectos básicos como su origen y con mayor razón a la hora de analizar su aplicación o introducción dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

Ahora bien, en cuanto a nuestro Estado se refiere, el Perú no es ajeno a dicha realidad, pues nuestro país ya ha sido condenado internacionalmente por la violación a los derechos humanos, a raíz de la inaplicación del Test de Convencionalidad, error por el cual no solo se pagó, sino que además se viene repitiendo en la actualidad, poniendo claramente a nuestro Estado en el riesgo inminente de ser condenado una vez más, realidad que se torna aún más preocupante ya que al existir el denominado riesgo es también inminente la vulneración de los derechos humanos de las personas.

Es así que a través del presente trabajo se busca delimitar el Test de Convencionalidad para su correcta comprensión y aplicación, ello como consecuencia de las obligaciones que impone la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de todas las normas de carácter interno (incluso por encima de la Constitución). Dicho lo anterior este problema es jurídicamente relevante, en cuanto a través de la investigación busca desarrollar un tema que dogmáticamente no se encuentra claramente definido y que por consiguiente su aplicación es por decirlo defectuosa y en nuestro país prácticamente nula.

Es original, en cuanto la investigación está orientada a desarrollar una figura jurídica que constituye un vacío en materia de derechos humanos y que además impone un cambio absoluto en la concepción de la Teoría de las Fuentes del Derecho al poner a la Convención Americana por encima de toda norma interna.

Es viable, ya que se pueden acceder a los expedientes, resoluciones y jurisprudencia relacionada a la materia planteada.

Por último la motivación personal para realizar el presente trabajo de investigación, es el respeto irrestricto a los Derechos Humanos, y la protección de nuestro Estado peruano frente a potenciales sentencias sancionatorias por la violación a los derechos contenidos en la Convención Americana.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Conceptos Básicos

Para la realización de la presente investigación resulta fundamental precisar en forma clara y concreta los principales conceptos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales los siguientes.

- a) **Derechos Humanos:** “El concepto de derechos humanos entra en el marco del derecho constitucional y del derecho internacional, el propósito de los cuales es defender por medios institucionalizados los derechos de los seres humanos contra los abusos de poder cometidos por los órganos del Estado, y, al propio tiempo, promover el establecimiento de condiciones de vida humanas y el desarrollo multidimensional de la personalidad del ser humano”¹²³

¹²³ POLO, Luis Felipe (2011) “*Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos segunda edición*”, en cita al artículo - fundamentos históricos de los Derechos Humanos y desarrollos posteriores de IMRE SBAZO. Hungría (1912)”, Lima: USIL.(Universidad San Ignacio de Loyola, pág. 327.

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.”¹²⁴

- b) **Control de Convencionalidad:** “El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los dispositivos legales de origen nacional se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez”¹²⁵
- c) **Corte Interamericana de Derechos Humanos:** “Es el organismo jurisdiccional internacional en el cual se pueden plantear controversias para la tutela de los derechos humanos que han sido establecidos en los instrumentos internacionales reconocidos por los gobiernos del Continente Americano. Debe hacerse la

¹²⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en

<http://vv.vvv.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

¹²⁵ TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “*El Control de Convencionalidad: deber complementario del Juez Constitucional peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*”, Lima, 2012, Pág 19, presentado en la Pontificia Universidad Católica del Perú para la obtención del Grado de Licenciatura

aclaración que dicha Corte Interamericana no debe considerarse como una instancia superior externa ante la cual puedan combatirse en apelación o casación las resoluciones de los tribunales internos de la Región, sino que únicamente pueden reclamarse ante ella las violaciones de los derechos establecidos en dichos instrumentos internacionales”¹²⁶

“Según los establece en su propia jurisprudencia, tiene una naturaleza jurisdiccional específica dirigida a interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en este sentido: La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal de naturaleza penal (...) lo importante de la Corte es determinar si la violación se produjo con apoyo o tolerancia de los órganos del Estado o si estos no han adoptado las medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones. En este sentido, la Corte determina si la violación de los derechos de una persona es producido por la inobservancia por parte del estado de las obligaciones previstas en la Convención Americana de Derechos Humanos”¹²⁷

- d) **Cumplimiento de Sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos:** “Las sentencias pronunciadas por la Corte deberán ser acatadas y cumplidas por los Estados que hayan sido parte en el proceso y no podrá ser ni modificada ni suspendida por tales Estados invocando circunstancias o disposiciones de derecho interno o que su ordenamiento jurídico no prevé los procedimientos adecuados para el cumplimiento de lo dispuesta en la

¹²⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, (2009) *“Los Derechos Humanos y su protección internacional”*, LIMA: Grijley, pág.99.

¹²⁷ REMOTO CARBONEL, José Carlos, (febrero - 2004), *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos- estructura, funcionamiento y jurisprudencia”*, Lima: IDEMSA, pág. 36.

sentencia”¹²⁸

2.2. Codificación de temas y subtemas

CAPITULO I: “El Test de Convencionalidad: Origen y Concepto”

- Nacimiento del Test de Convencionalidad con la creación de la Convención Americana.
- Evolución de la definición del Test de Convencionalidad en la Doctrina internacional.
- Evolución de la definición del Test de Convencionalidad en las Sentencias de la Corte Interamericana.
- Definición del Test de Convencionalidad: Fin de la incertidumbre.

CAPITULO II: “Generalidades del Test de Convencionalidad: Delimitación del Bloque de Convencionalidad”.

- Fundamentos del Test de Convencionalidad: La Convención Americana vs. La Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos.
- Parámetro de control en el Sistema Europeo de protección de derechos del individuo.
- Parámetros de Control en el Sistema de la ONU.
- Bloque de Convencionalidad: La amplitud del Sistema Internacional de protección a los Derechos Humanos.

¹²⁸ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Sentencia del 29 de Julio de 1998, pág. 279.

- *Alcances y límites del Test de Convencionalidad* CAPITULO III:
“Análisis y aplicación del Test de Convencionalidad en el Perú”

CAPITULO III: “Análisis y aplicación del Test de Convencionalidad en el Perú”

- Labor y obligación de los Jueces en la aplicación del Test de Convencionalidad a través del Aparato Jurisdiccional del país.
- Olvido de la Jerarquía Jurisdiccional a la hora de proteger a los Derechos Humanos.
- Oportunidades de aplicación del Test de Convencionalidad en la Jurisprudencia Constitucional
- Incumplimiento del Test de Convencionalidad por parte de los Órganos del Estado y sus Consecuencias.

CAPITULO IV: “Un nuevo amanecer en la Teoría de las Fuentes del Derecho en materia de Derechos Humanos”

- Supremacía de la Convención Americana.
- Convención Americana vs. Constitución: Duelo de Titanes.
- Subordinación o preferencia: Test de Convencionalidad y Control de Convencionalidad.

APORTES

CONCLUSIONES.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATEOS.

El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias).

Autora: Natalia Torres Zúñiga

Tesis presentada para optar el grado académico de Licenciada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

La autora realiza un trabajo descriptivo acerca del Control de Convencionalidad; sin embargo por lo reciente del desarrollo del tema difiere en la mayoría de los casos en el análisis, concepción y comprensión del tema, sin tomar en consideración que dicho trabajo no propone la supremacía de la Convención Americana frente a cualquier norma de carácter interno

4. OBJETIVOS.

General

Determinar la supremacía de la Convención Americana frente a cualquier norma de carácter interno a través del desarrollo del Test de Convencionalidad como su principal instrumento.

Específicos

- Determinar cómo se ha plasmado el Test de Convencionalidad en la Legislación comparada; así como delimitar cuál es su verdadero origen y fundamentos.
- Precisar qué normas componen el bloque de Convencionalidad y respecto de que normas debe de aplicarse.
- Precisar cuál ha sido el desarrollo del Test de Convencionalidad en su delimitación a través de la Jurisprudencia de la Corte interamericana.
- Determinar qué rol desempeña el Juez peruano a la hora de aplicar el Test de Convencionalidad.

- Determinar que normas y casos existen en el Perú que requieran un Test de Convencionalidad.
- Determinar si actualmente existe en nuestro país algún tipo de responsabilidad internacional por la violación a los derechos humanos, a raíz de la inaplicación del Test de Convencionalidad.
- Determinar cuál es la importancia de los derechos vulnerados a la hora de analizar la jerarquización de la Convención Americana.

5. HIPÓTESIS

Dado que:

El Test de Convencionalidad es de aplicación obligatoria es

probable que:

La Convención Americana sea la norma parámetro y de mayor jerarquía en materia de Derechos Humanos

6. PLANTEAMIENTO

OPERACIONAL

6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

6.1.1. TÉCNICAS

En concordancia con las variables e indicadores, para recabar la información se usará la técnica de la Observación documental.

6.1.2. INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

- a) Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
- b) Fichas de Investigación:

- Fichas textuales
- Fichas resumen
- Fichas de observación estructurada (a fin de revisar los expedientes que contienen las sentencias que desarrollan en Test de Convencionalidad emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Fichas de observación estructurada (a fin de revisar las normas susceptibles de un Test de Convencionalidad).



6.2. CUADRO DE COHERENCIAS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TECNICA	INSTRUMENTOS
Variable Independiente	Supremacía de la Convención	Marco Constitucional	Revisión documental de libros, normas, informes y Sentencias	Ficha Bibliográfica, Ficha Documental y Ficha de observación estructurada
		Legislación comparada		
		Derechos Vulnerados		
Variable dependiente	Test de Convencionalidad	Jurisprudencia Nacional e	Revisión documental de libros, normas, informes y Sentencias	Ficha Bibliográfica, Ficha Documental y Ficha de observación estructurada
		Internacional		
		Legislación Comparada		
		Derechos vulnerados		

6.3. PROTOTIPO DEL INSTRUMENTO

- Ficha Bibliográfica (A)
- Ficha Bibliográfica (B)
- Ficha Textual
- Ficha de observación estructurada 1.
- Ficha de observación estructurada 2.

7. CAMPO DE VERIFICACIÓN

7.1. Ubicación Espacial

Arequipa.

7.2. Ubicación Temporal

2013.

7.3. Unidades de Estudio.

Para la investigación documental, las unidades de estudio estarán constituidas por los instrumentos legales referidos al tema Test de Convencionalidad a nivel Perú y a nivel internacional.

Para la investigación de campo, considero como unidades de estudio las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a lo largo del tiempo han aplicado el Test de Convencionalidad.

8. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

8.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

- a) **Revisión Conceptual:** Recolección de información por el investigador en las siguientes bibliotecas, consignando los datos en las Fichas de Registro y de Investigación:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa
- Biblioteca Municipal de Arequipa
- Biblioteca Personal.

- Exploración en Internet

b) **Revisión Documental:** Para la revisión en última instancia de los expedientes en materia de Derechos Humanos llevados ante los órganos jurisdiccionales a nivel interno, así como las Sentencias de la Corte Interamericana y las diferentes normas susceptibles del Test de Convencionalidad.

a) **Método:** El método de análisis será el inductivo, con un nivel descriptivo, de tipo cualitativo jurídico. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales y normativa.

III. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA

a) BIBLIOGRAFÍA

a.1) Libros

- FLAX, Gregorio, ALBANESE Susana y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2009), “El Control de Convencionalidad”, Buenos Aires: Ed. Ediar
- SOUSA DUVERGÉ, Luis Antonio (2010), “El Control de Convencionalidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Dominicana”, Santo Domingo: Ed. PUCMM-RSTA
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2011), “Los derechos en Latinoamérica: Tendencias judiciales recientes”, Madrid: Ed. Complutense FIIAPP
- REY CANTOR, Ernesto y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2008 “Control de convencionalidad de leyes y derechos humanos: Homenaje a Héctor Fix-Zamudio”, México D.F.: Ed. Porrúa : Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional

- SALADO OSUNA, Ana (2004), “Los casos Peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Lima: Ed. Normas Legales.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (2009), “Los Derechos Humanos y su protección internacional”, Lima: Ed. Grijéy.
- SALMÓN GARATE, Elizabeth, (2010) “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Tomo I (Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, Lima: IDEHPUCP - GTZ.
- POLLMANN, Arnd (2008), “Filosofía de los Derechos Humanos: problemas y tendencia en la actualidad”, Lima: IDEHPUCP.
- REMOTTI CARBONEL, José Carlos (2004), “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estructura, funcionamiento y jurisprudencia”, Urna: IDEMSA.
- CÁCERES ARCE, Jorge Luis; AMADO MENDOZA, Ana María y CHIRINOS PACHECO DE RIVERO Claudia Pía (2011), “Guía Académica para la investigación jurídica”, Arequipa: UCSM.

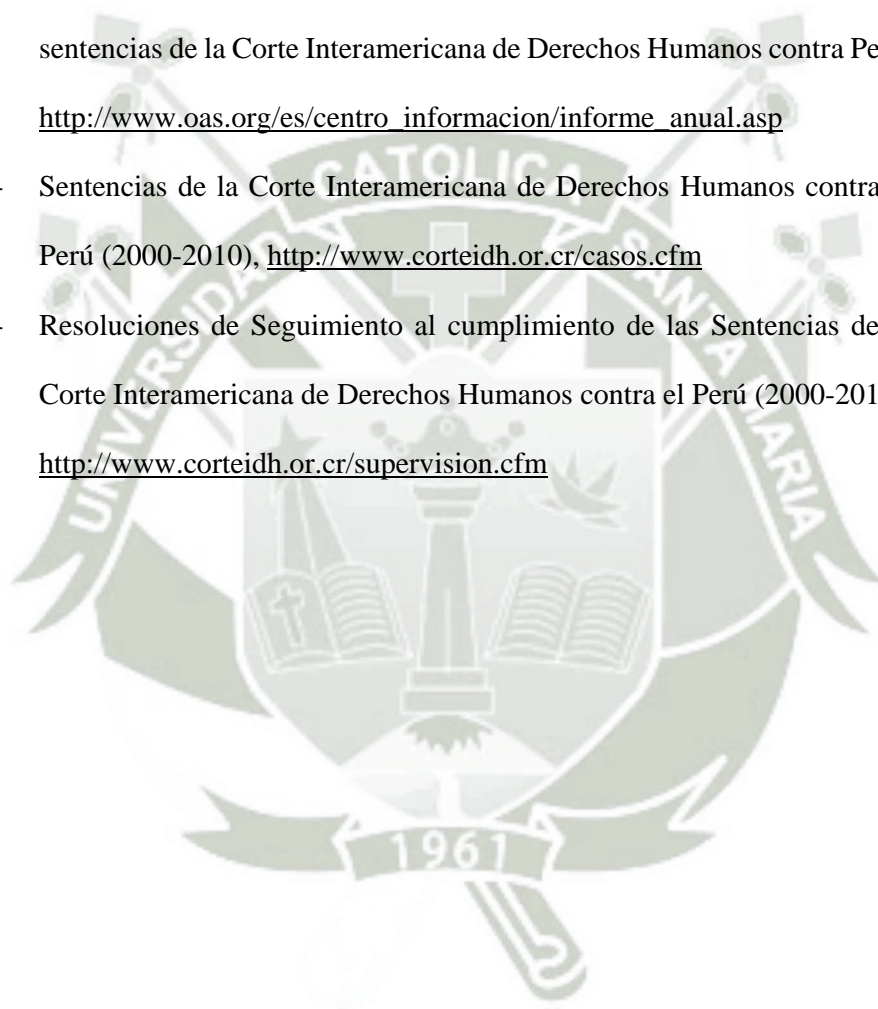
a.2) Normas Legales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Protocolo de San Salvador

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley 27775 “Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, de fecha 5 de Julio del 2002.

b) INFORMATIGRAFÍA

- Informes Anuales de la OEA (2000 - 2010), sobre cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Perú, http://www.oas.org/es/centro_informacion/informe_anual.asp
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Perú (2000-2010), <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
- Resoluciones de Seguimiento al cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Perú (2000-2010), <http://www.corteidh.or.cr/supervision.cfm>



IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2012 - 2013

ACTIVIDADES	AÑO 2012		AÑO 2013							
	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO
Preparación del Proyecto	X	X								
Aprobación del Proyecto			X	X						
Recolección de la Información				X	X	X	X	X		
Preparación del Borrador									X	
Conclusiones y Sugerencias									X	
Presentación Final del Informe										X



V. ANEXOS

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

ANEXO 1

FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)

N°:
NOMBRE DEL AUTOR :
TÍTULO DEL LIBRO :
EDITORIAL, LUGAR, AÑO:
NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

ANEXO 2

FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)

N°:
NOMBRE DEL PORTAL O PÁGINA
WEB:
INDICADOR:
TÍTULO DEL ITEM
AUTOR:

ANEXO 3

FICHA TEXTUAL

Nº: _

INDICADOR :

TÍTULO:

NOMBRE DEL AUTOR:

TIPO DE PRODUCCIÓN:

CITA:

ANEXO 4

FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (1): SENTENCIAS QUE DESARROLLAN EL TEST DE CONVENCIONALIDAD EN LA CORTE

NOMBRE DEL CASO:

AÑO:

DATOS RELEVANTES:

- **INTRODUCCIÓN A LA CAUSA**
 - **Demandante**
 - ✓ **Fecha de sometimiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
 - ✓ **Derechos Presuntamente vulnerados**
 - **Estado Demandado**
 - ✓ **Resumen defensa.**

- **PUNTOS RESOLUTIVOS**
 - **Derechos Vulnerados.**
 - **Fecha de emisión de la Sentencia.**

- **APORTE AL TEST DE CONVENCIONALIDAD**

ANEXO 5

**FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (2): NORMAS SUCEPTIBLES
DE UN TEST DE CONVENCIONALIDAD**

NÚMERO INSTRUMENTO NORMATIVO:

NOMBRE

AÑO:

DATOS RELEVANTES:

- **DERECHOS HUMANOS QUE INVOLUCRA**

- **ARTÍCULO DE LA CONVENCION AMERICANA QUE CONTRAVIENE**

- **INTERVENCION ESTATAL**

- **APLICACION ACTUAL**