BREVES CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL EXAMEN DE LA CONVENCIONALIDAD.

LUCES, SOMBRAS Y AGENDA PENDIENTE

Jorge Isaac Torres Manrique*

Fecha de publicación: 01/07/2018

Sumario: Introito. **I.** Acerca de la convención americana sobre derechos humanos. **II.** Sobre el control de la convencionalidad. **III.** Parámetro y objeto de control. **IV.** Fines del control de convencionalidad. **V.** Tipos de las sentencias de los tribunales y

* Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la UNFV (Lima). Docente Principal en WorldWide Legal Consulting de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Revisor de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Miembro de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública (España). Miembro del Cuerpo Editorial de Evaluadores de la Revista Universitaria Jurídica Juris del Centro Universitario Toledo Araçatuba –UNITOLEDO (Brasil). Articulista e investigador del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin-Iuris (Ecuador). Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Lima). Distinguished Lawyer of Perú, for Law Integration Integração Jurídica (Brasil). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Par académico evaluador del libro colectivo internacional sobre Ciberterrorismo (México). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Autor de libros en derecho constitucional y procesal constitucional, publicados en impreso en: Colombia, Paraguay, Chile y Perú. Ex Coordinador General, coautor, traductor, prologador y presentador de siete libros jurídicos colectivos internacionales. Autor de más de medio centenar de artículos y ensayos en materia jurídica y management, en publicaciones físicas y virtuales, en importantes medios de más de veinte países. Ponente nacional e internacional.
kimblellmen@outlook.com

salas constitucionales cuando aplican el control convencional. **VI.** ¿Uniformidad o compatibilidad de su acatamiento? **VI.** Consecuencias de las sentencias de la Corte IDH y de la declaratoria de inconvencionalidad. **VII.** Problemas de su aplicación. **VIII.** El estado convencional como cuarto estadío. **IX.** - Conclusiones. - Sugerencias. - Referencias Bibliográficas.

Resumen: El Derecho Convencional se encuentra en una fase de saludable protagonismo y trascendencia, ampliando la visión del Derecho Constitucional, legitimándolo, en el orbe entero.

Empero, ello comporta analizar los alcances del control o examen de la convencionalidad, los efectos que se producen al respecto.

En ese sentido, en la presente entrega el autor aborda su desarrollo a efectos de poder desentrañarlo, analizando la voluntad de su acatamiento, las consecuencias que se generan, finalizando con derroteros para lo correspondiente.

Palabras clave: Control de la convencionalidad, Examen de la convencionalidad, Derecho Convencional, Derecho Procesal Convencional, Derecho Constitucional. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract: The Conventional Law is in a phase of healthy protagonism and transcendence, extending the vision of Constitutional Law, legitimating it, in the whole world.

However, this involves analyzing the scope of the control or examination of conventionality, the effects that occur in this regard.

In this sense, in the present delivery the author approaches its development in order to unravel it, analyzing the will of its compliance, the consequences that are generated, ending with paths for the corresponding.

Keywords: Conventional Control, Conventional Examination, Conventional Law, Conventional Procedural Law, Constitutional Law. American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

INTROITO

El sistema interamericano de protección de Derechos Humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Estados-Parte asimismo han acordado el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento de dichos estándares por medio de dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados Parte, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, las cuales no son objeto de recurso alguno. Dicha jurisdicción mantiene la supervigilancia del cumplimiento de los fallos hasta que el respectivo Estado Parte cumple con todas las medidas de reparación determinadas por la Corte. Éste es el objeto y fin del sistema interamericano de derechos humanos.[1]

Entonces, el desarrollo de dicho Sistema hace que se consolide el alcance y jurisdicción con la vigencia (nunca tan visible) del Derecho Convencional. Vale decir, a propósito, que este último se encuentra en una fase de saludable protagonismo y trascendencia, ampliando la visión del Derecho Constitucional, legitimándolo, en el orbe entero.

Empero, ello comporta analizar los alcances del control o examen de la convencionalidad, los efectos que se producen al respecto, así como, el acatamiento interno y externo por el Estado.

En ese sentido, abordamos el desarrollo de la presente entrega, a efectos de poder desentrañarlos, analizando la voluntad de su acatamiento, las consecuencias que se generan, finalizando con derroteros para lo correspondiente.

---

[1] NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos. En *Revista de derecho constitucional europeo*. Núm. 19. En línea: recuperado en fecha 27/07/17 de http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Chile, 2013. pp. 221- 222.

I. ACERCA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

En primer término, señalamos que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política peruana, respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, preconiza: "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*".

Seguidamente, se tiene que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica) y que forma parte del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; se encuentra ratificada por el Estado peruano en fecha 07/12/78. Y al igual que dicho Estado, más de veinte países la han firmado, a saber: A la fecha, veinticinco naciones se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, entre otros.

Consecuentemente, dichos Estados se someten a la interpretación de los derechos y a las libertades que la Constitución Política reconoce, de conformidad a lo estatuido en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A su vez, el Inc. 1., del Art. 1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acerca de la obligación de respetar los derechos, señala: "*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 (...)*".

II. SOBRE EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD.

En principio, conviene precisar que: "*El nombre «control de convencionalidad» es relativamente nuevo. Tiene antecedentes europeos que se remontan a la época de los setenta del siglo pasado, pero en nuestro ámbito americano se configura recién en el año 2006, en el famoso caso «Almonacid Arellano vs. Chile», en donde el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte o la CI) lo hizo suyo. El primero que planteó esta tesis en el espacio jurisdiccional interamericano fue el juez Sergio García Ramírez, acreditado jurista mexicano cuyos inicios se dan en la disciplina penal,*

pero que luego se ha dedicado con persistencia al tema de los derechos humanos, tanto a nivel local como interamericano".[2]

Luego, tenemos que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (Casos: Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 26/09/06, y La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 29/11/06, párr.173).[3]

Además, basilarmente: "*Los tribunales ordinarios y constitucionales en cuanto agentes del Estado, son la pieza clave en la aplicación de la regla de derecho convencional internacional, en la etapa previa al agotamiento de los recursos internos, teniendo la competencia para conocer y remediar cualquier violación a los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional antes de que un caso se presente ante una instancia internacional; los jueces son así los operadores primarios del principio de subsidiariedad propio del Derecho internacional de los Derechos Humanos, siendo llamados a aplicar el control de convencionalidad como determina la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La apertura constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos requiere también de jueces ordinarios y constitucionales abiertos a nuevas alternativas de interpretación que hagan realidad el aseguramiento y garantía de los derechos en beneficio de las personas titulares de los derechos fundamentales*".[4]

---

[2] GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. En: *Revista Pensamiento Constitucional.* N° 20. En línea: recuperado en fecha 27/07/17 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/14888/15428. Lima, 2015. p. 136.

[3] S/a. Control de convencionalidad. En: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Nº 7. En línea: recuperado en fecha 20/07/17 de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf. San José, Costa Rica, p. 04.

[4] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. En: *Revista Chilena de Derecho*. En línea: recuperado en fecha 20/07/17 de http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n1/art07.pdf. Chile. 2012, p. 07.

Al respecto, como lo señaló el ex juez y ex presidente de la Corte Interamericana, Antônio Augusto Cançado Trindade, este derecho a la protección judicial, tiene un origen latinoamericano que es poco conocido. En efecto, su consagración original se encuentra en: i) el Art. XVIII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ii) luego de lo cual fue adoptado en el Art. 8., de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, iii) y a partir de ello incluido en el Art. 13., del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, iv) en el Inc. 3., del Art. 2., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y v) en la Convención Americana (Corte IDH. Voto del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 19. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Solicitud de revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de fecha 13/09/97. Serie C. N° 45).[5]

Además, es de verse lo estatuido por los Incs. 1. y 2. respectivamente del Art. 25., de la citada Convención, la que en relación a la Protección Judicial, establece: "*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*", y "*Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*".

Respecto del control convencional, el Tribunal Constitucional peruano, en los Funds. 5., y 14., del EXP. N.° 04617-2012-PA/TC, respectivamente señala: "*(...)la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la*

[5] STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coordinadores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. En línea: recuperado en fecha 18/07/17 de https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Convencion_Americana_sobre_Derechos_final.pdf. México. 2016, p. 609.

Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH", y "*Se puede distinguir un control de convencionalidad vertical que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos erga omnes, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad horizontal, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, ius cogens o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna*".

El control de convencionalidad se desarrolla en relación con el principio pro homine, ya que no sólo se realiza una interpretación de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que además se realiza de acuerdo al principio interpretativo pro homine, que consistirá en aplicar la interpretación más favorable para el efecto del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona.[6]

III. PARÁMETRO Y OBJETO DE CONTROL.

En el presente acápite, corresponde referir respecto de los elementos del control de la convencionalidad.

Así, tenemos, por un lado, que el parámetro de convencionalidad comporta la CADH; sin embargo, este involucra también a todos los instrumentos normativos del SIDH, independientemente de que los derechos que reconocen puedan ser recurridos o no en la vía contenciosa de la Corte IDH. Y seguidamente, el objeto del examen de convencionalidad es está conformado por las disposiciones de derecho interno (leyes, constituciones

---

[6] CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y ROSAS RÁBAGO, Elizabeth Nataly. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* Vol. 64. En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.academia.edu/31026894/El_control_de_convencionalidad_como_consecuencia_de_las_decisiones_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos. San José, Costa Rica, 2013, p. 132.

y reglamentos), las interpretaciones de las disposiciones normativas y las omisiones legislativas, también los proyectos de ley (a modo preventivo).[7]

En ese sentido, señalar que para exista, se pueda plasmar o aplicar el control de convencionalidad, ambos requisitos (el parámetro y el objeto de control) se constituyen en basilares como concurrentes. Así, de carecer de ambos o alguno de ellos, la empresa de examen convencionalidad no podrá ser efectuado.

No obstante, ello de manera alguna comporta que la vulneración de un derecho fundamental no tenga que estar presente o represente una importancia menor, puesto que, la misma se configura en la quintaescencia para tener que recurrir a la CADH.

IV. FINES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

En el caso "Almonacid Arellano y otros c/. Chile", la Corte aclara que la finalidad del instituto es procurar que las normas de la Convención o cualquier otro tratado "*no se vean mermadas*" por normas o disposiciones internas contrarias a su tenor, objeto y fin. En el caso "*Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú", se especifica el fin de la institución al indicarse que se debe "velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado*" por normas o disposiciones contrarias a su tenor, objeto y fines. En definitiva, como lo apunta Sagüés, el control de convencionalidad es un potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos incluidos en el parámetro de convencionalidad.[8]

V. TIPOS DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES Y SALAS CONSTITUCIONALES CUANDO APLICAN EL CONTROL CONVENCIONAL.

---

[7] TORRES ZÚÑIGA, Natalia. El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del tribunal constitucional peruano y de la corte interamericana de derechos humanos. En: *Cuaderno de Trabajo del Centro de investigación, capacitación y asesoría jurídica*. PUCP. N° 6. En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.jus.uio.no/smr/english/people/aca/ntorres/docs/nueva-serie---cuaderno-6.pdf. Lima, 2013, pp. 14- 15.

[8] JINESTA L. Ernesto. "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *El Control difuso de la convencionalidad. Diálogo entre la Corte Internacional de Derechos Humanos y los jueces nacionales.* En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C. México, 2012, p. 9.

En dicha lid la referida judicatura puede expedir:[9]

5.1. Sentencias interpretativas conforme con el parámetro de Convencionalidad. Al presumirse la conformidad o adecuación de las normas, disposiciones o actos sujetos al Derecho público de carácter interno con el parámetro de convencionalidad, los jueces constitucionales deben hacer un esfuerzo para salvar su "*validez convencional*", efectuando interpretaciones conforme con el parámetro de convencionalidad, evitando la anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de la norma. Se trata, entonces, de un esfuerzo de armonización de la norma nacional con el parámetro de convencionalidad.

5.2. Sentencia "*declarativa de inconvencionalidad*". Cuando la norma o disposición sea absoluta y directamente incompatible o disconforme con el parámetro de convencionalidad, al juez constitucional no le queda otra opción más que dictar una sentencia estimatoria que declare su "inconvencionalidad", con lo cual deberá anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico.

5.3. Sentencia "*desestimatoria de inconvencionalidad*". Cuando el Tribunal o Sala constitucional respectivo estime que la norma o disposición local se adecua al parámetro de convencionalidad, así debe declararlo. Por supuesto que este tipo de sentencias exponen, eventualmente, al Estado respectivo a la responsabilidad internacional y enfrentar un caso ante la Corte Interamericana, por cuanto, la parte interesada puede estimar que la sentencia es errónea por lo que procurará que ese órgano jurisdiccional regional ejerza el control concentrado de convencionalidad, sobre todo, si la jurisprudencia constitucional es vinculante erga omnes y reviste la condición de norma jurídica.

VI. ¿UNIFORMIDAD O COMPATIBILIDAD DE SU ACATAMIENTO?

Un punto importante es el relacionado a la manera de fondo en la aplicación de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humano, por parte de los Estados.

Al respecto, es preciso dejar constancia que no podría aplicarse de manera idéntica para todos los casos en todos los países, en tanto que las sentencias de la Corte IDH, se pronuncian para casos específicos y no genéricos.

Entonces, la compatibilidad se torna viable como de justeza, esto es, que las decisiones judiciales compatibilicen con el derecho convencional, que se

---

[9] JINESTA L. Ernesto. *Ob. Cit.,* pp. 24-26.

armonicen y no lo contradigan. Esa sería una aplicación desapasionada como norteadora, pero sobre todo que abrace sus postulados. Ello, en el marco de la subsidiariedad.

VII. CONSECUENCIAS DE LAS SENTENCIAS LA CORTE IDH Y DE LA DECLARATORIA DE INCONVENCIONALIDAD.

Las Opiniones consultivas sobre leyes y proyectos de ley tienen efectos vinculantes para el Estado que la solicita y para los Estados que han ratificado la CADH y otros instrumentos del SIDH. Las sentencias de la Corte IDH tienen efectos de cosa juzgada para los Estados involucrados en la vía contenciosa y de cosa interpretada para el resto de Estados que forman parte del SIDH y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. La declaratoria de inconvencionalidad de una norma por parte de la Corte IDH no involucra su anulación, derogación, pérdida de vigencia de forma automática, ya que la Corte IDH no es un tribunal supraconstitucional y su jurisdicción es subsidiaria. La facultad de crear normas, reinterpretarlas, anularlas o inaplicarlas sigue siendo una potestad exclusiva del Estado. La Corte IDH realiza un re-envío de su decisión al Estado condenado, a fin de que este tome las medidas necesarias para adecuar el derecho interno a los estándares del SIDH.[10]

VIII. PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN.

Aparentemente no pareciera existir mayores bemoles, en la aplicación del Control de la Convencionalidad. No obstante, es de verse que sí los hay, a continuación reseñamos algunos:[11]

i) El que una sentencia de la Corte IDH debería aplicarse, es decir, hacerla suya el Estado demandado. Esto significa que a veces es necesario desarchivar casos judiciales y abrir nuevos procesos, con las complicaciones que eso conlleva. Es decir, un nuevo juicio en donde no se aplicará la ley que fue cuestionada, sino los principios que se desprenden de la sentencia interamericana. Y con la posibilidad de que el juicio, al final, exceda el plazo razonable que la misma Corte se ha esmerado en rescatar y reafirmar, y ii) Otro punto que ha surgido, es que la sentencia no queda limitada al caso concreto. La Corte considera que lo decidido por ella puede o debe tener aplicación en todos los casos o situaciones similares. Y si por

---

[10] TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias).* En línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1367. Lima, 2012, pp. 352- 353.

[11] GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ob. Cit.*, p. 138.

ejemplo lo que llegó a la Corte fue un proceso que involucraba a veinte personas, aun cuando no hubiesen ido sino 10, también a los no concurrentes debería aplicárseles los principios de una sentencia emitida en un proceso en el cual no participaron y al cual deberán someterse. Adquiere así la sentencia un carácter expansivo, es decir, aplicable a todos los involucrados, aun cuando no hubiesen comparecido ante la Corte. Con lo cual, sin lugar a dudas, resultó afectado el derecho de defensa.

Y si con ello no bastase, es de considerar que: "*El control de convencionalidad (...): a) Nace por decisión de la Corte Interamericana. b) Se aplica en esa sede solo al caso concreto. c) Se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte. d) De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y e) Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver*".[12]

- Así, concordamos con el Prof. Aguila Grados, cuando señala que: "*(...) la jurisprudencia de la CIDH debe abrir un debate y análisis crítico. Esto aún es una tarea inconclusa. Incluyendo su última joya: el Control de Convencionalidad. Esbozaremos algunas razones por las que dicho Control aún está en un proceso de gestación: 1) El alcance del Control en cada uno de los países no está definido. La jurisprudencia de la Corte no ha sido, en este tema, ni consistente ni clara; 2) La CIDH no ha determinado si el Control se realiza sólo sobre la base de sentencias en procesos contenciosos o alcanza a medidas provisionales y opiniones consultivas; 3) La Convención Americana de Derechos Humanos no señala en forma alguna que las decisiones de la Corte serán erga omnes (esto es, tendrán la forma de precedente). Las interpretaciones al respecto son tan subjetivas como volátiles. Y, lo más grave 4) No ha quedado claro qué autoridades tiene la potestad de hacer el Control de Convencionalidad, ni los parámetros a utilizar, ni las sanciones que acarrearía su incumplimiento*".[13]

---

[12] GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Cit*., p. 140.

[13] AGUILA GRADOS, Guido. *Control de convencionalidad y la CIDH.* En línea: recuperado en fecha 20/07//17 de https://www.facebook.com/guidoalcnm/posts/1246138708839815:0. Lima. 2017.

IX. EL ESTADO CONVENCIONAL COMO CUARTO ESTADÍO.

Por otro lado, cabe señalar que si en su momento, ante la llegada del Estado Constitucional de derecho (que dejó atrás al otrora Estado de derecho), que trajo también consigo la constitucionalización del derecho, en tanto que la Constitución Política se enarbolaba como tutela y garante de un nuevo orden jurídico; ahora nos encontramos asistiendo al ingreso a una nueva etapa, en la cual, es la Constitución que se torna complementada, viéndose la misma convencionalizada, dando lugar a la convencionalización del derecho. Así, esta actual etapa es en la que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se yergue (si se quiere) por encima de las Constituciones de los Estados democráticos del mundo entero. Esto es, al Estado Convencional de derecho

En ese sentido, consideramos que dentro de los estadíos o etapas de la escala evolutiva que comporta la administración de justicia, el Estado Convencional de derecho se ubica en la cuarta. Así, sostenemos como tales a: i) Estado de naturaleza, ii) Estado de derecho, iii) Estado constitucional de derecho, iv) Estado convencional de derecho, v) Estado restaurador de derecho y vi) Estado de Justicia.

La primera, el Estado de naturaleza, también denominada venganza privada o la justicia privada (justicia por mano propia, ojo por ojo…), aquella caracterizada por la justicia hecha por propia mano del afectado.

La segunda, vendría a ser el Estado de derecho, en el cual, es el derecho (y no las personas) es quien toma las riendas de la administración y organización del poder. Específicamente, es la Ley quien tiene el respectivo protagonismo.

Estimamos que la tercera, el Estado constitucional de derecho, es aquella donde ya no manda la Ley, sino, la Constitución, generando que todo el aparato normativo de un Estado, se alinee o registre ineludible sintonía con lo preceptuado en la Constitución Política. Se le denomina: Estado Constitucional de derecho (en la que hicieron su aparición los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional). Dicho sea de paso, conviene reiterar que la presente otra Ola, es la actualmente nos rige y nos encontramos.

Así también, señalamos que la cuarta, el Estado convencional de derecho, es la que empezamos a ingresar, donde lo que rige como máximo señero de ordenamiento jurídico, por encima de la Constitución Política.

Consideramos, como la quinta, la denominada: Estado restaurador de justicia, es la que se caracteriza por fortalecer o humanizar los mandatos de

la Constitución Política, esto es, a la luz de lo preceptuado por la Justicia Restaurativa. Es decir, lograr que la eventual vulneración de los derechos fundamentales se vea debidamente resarcida, restituida, reconstruida, restaurada. La presente fase, sería la que eventualmente en no poco tiempo, arribaríamos.

Señalamos que, de manera uniforme, los preceptos de la justicia restaurativa se asumen y aplica, con una orientación solamente penal y procesal penal.

Sin embargo, de conformidad a lo desarrollado y demostrado en entrega anterior ("La justicia restaurativa es solo aplicable en sede penal"), sostenemos que la justicia restaurativa, en tanto que se encuentra en concordancia con los postulados contenidos en la Constitución Política, conforme corresponde a un Estado Constitucional de Derecho; debe ser también de aplicación a la totalidad de ramas del derecho.

Finalmente, la sexta etapa (que consideramos, la definitiva), resultaría ser la denominada Estado de justicia. Esta etapa se encontraría abocada al aterrizaje total en la justicia propiamente dicha, la única de debe existir. Entonces, en esta fase no habrá cabida para apelaciones infructuosas y erróneas, como: "justicia privada", "justicia legal", "justicia constitucional", "justicia convencional" o "justicia restaurativa".

CONCLUSIONES

- Respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en 1969 y puesta en vigencia en 1978), llama poderosamente la atención como preocupa en grado sumo, que, luego de cuasi cuarenta años se haya encontrado en cierta manera, unánimemente adormitada, ninguneada, desconocida, por la cuasi totalidad de Estados que en su momento la firmaron y ratificaron.
- Ello, no hace más que ofrecer una lectura de lo rezagado que se encuentra en el sistema jurídico mundial en relación a la defensa y salvaguarda de los derechos humanos.
- En ese sentido, no deja de sorprender el que, en esas cuatro décadas prácticamente perdidas, aun continuemos hablando de la teoría general del derecho convencional, esto es, que a la fecha no haya alcanzado el desarrollo y madurez correspondiente.
- Por ello, somos contestes que el control de la convencionalidad: "*(...) ha ido surgiendo lentamente y se ha perfilado, recién, a partir del año 2006, como se ha visto. Y ha sido aceptado paulatinamente por los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Se trata, pues, de un principio que ha tenido una creación y concreción*

pretoriana. En el caso del Perú, ha sido aceptado muy pronto y aun antes de que dicho control surgiera, por nuestro Tribunal Constitucional. En cuanto al Poder Judicial, es todavía incipiente la acogida de dicho control, más aún cuando son muchas las causas que no llegan a la Corte Suprema de la República, y menos aún al Tribunal Constitucional. Pero es de esperar que esto se vaya expandiendo en forma progresiva en los próximos tiempos y en forma prudente".[14]

- En ese sentido, la necesidad de la aplicación del control de la convencionalidad por los magistrados, se hace muy necesaria como obligatoria. Sin embargo, preocupa sobremanera que no pocos jueces y fiscales no solamente no lo apliquen, si no que consideren que no se debe aplicar, en virtud a su consabida autonomía e independencia (nada más equivocado, temerario y dañino). Olvidando que lo referido no solamente no lesiona en un ápice a las mismas, si no, que en extremo alguno pueden válidamente anteponerse sobre el mandato expreso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- De ser así, es equivocado, debido a que la jurisdicción interna queda supeditada a la jurisdicción internacional, ello no es novedad. Es temerario, pues, en principio incurre en el delito de prevaricato. Y es dañino, en tanto al inobservar lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se vulnera los derechos fundamentales de los justiciables, se incurre en responsabilidad externa del Estado, y se lesiona gravemente al Estado Constitucional de derecho y a la juridicidad.
- Entonces, no se trata de pose o moda, los mandatos del derecho convencional. Tampoco constituye pretexto válido el incumplirlo, en razón a que resulta muy difícil en vista de la gran carga procesal, pues, finalmente el fin supremo debe ser el abrace de la verdadera administración de justicia, y en modo alguno, la comodidad o menor carga o estrés laboral.
- No se debe perder de vista que el magistrado es el juez del caso (litigio) y del proceso. En consecuencia, dejamos constancia que en ningún caso el mismísimo juez debe vulnerar derechos fundamentales de los justiciables. Es que, en dichos términos debe salvaguardar el derecho a la protección judicial, esto es, que el juez no puede permitir que se

---

[14] GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO

, José F. *El control de convencionalidad en el Perú.* En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363. Lima, 2013, p. 19.

lesionen derechos fundamentales de los justiciables (al desacatar lo juridizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a fortiori de manera alguna, dicha lesión o vulneración provenga del propio juez, en perjuicio de los mismos.

- El control de la convencionalidad requiere de mayor desarrollo y madurez, a efectos de poder afinar la aplicación de su saludable recepción al sistema jurídico peruano.
- Somos contestes en que: "*Ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer: la actividad protectora de los derechos humanos. El método de control no debe considerarse un límite para la defensa a la dignidad humana y su entorno, cuya exclusividad, reitero, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado dado que la protección de los derechos humanos es facultad genérica del gobierno y obligación común de las personas*".[15]

  No debemos perder de vista, que: "*El control de convencionalidad y el debate que él ha generado dejan en evidencia los esfuerzos que se realizan para ir acomodando en el orden estatal la interacción e interrelación, cada vez más intensa, entre diversos órdenes jurídicos. En el mundo contemporáneo, el Estado no tiene el monopolio exclusivo de la creación del Derecho aplicable dentro de su jurisdicción*".[16]

  Ha quedado demostrado que: "*El control de convencionalidad demuestra que en la actualidad el sistema interamericano no es un sistema autónomo y autosuficiente (si es que en algún momento lo fue), que opera por si solo en su propia esfera de actuación. Desde hace tiempo venimos insistiendo en que al hablar de sistema interamericano de derechos humanos debe pensarse de manera más amplia que solo en la Comisi6n y la Corte*".[17]

---

[15] CARPIZO, Enrique. El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM. Nueva serie, año XLVI, N° 138. En línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711578. México. 2013, p. 958.

[16] AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado. En *Revista Direito GV*. 9(2). En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a15v9n2.pdf. São Paulo, 2013, p. 744.

[17] DULITZKY, Ariel E. *El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?*. En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf, p. 567.

SUGERENCIAS.

- Existe la necesidad urgente como insoslayable de capacitación a los operadores del derecho, a efectos de concientizarlos acerca de la importancia de acatar lo sostenido en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El desacato de lo registrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, por parte de los magistrados, debe ser considerado como prevaricato.
- En la fundamentación que califica el Consejo Nacional de la Magistratura, en los diversos documentos que los postulantes presentan al mismo, debe incluir el control de convencionalidad.
- A efectos de una plausible armonización, sería saludable el aterrizaje de una conversación entre las cortes internas de cada Estado y la Corte IDH. En ese sentido tenemos que: "*(...) podría ser realmente fecundo un intercambio generado a raíz del diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y las cortes nacionales. Lo contrario, esto es, un contexto que busque la aplicación obligatoria y acrítica de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces y autoridades internas, representaría no solo una imposición jurisprudencial, sino también un cercenamiento a los esfuerzos por realizar un auténtico diálogo entre cortes*".[18]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILA GRADOS, Guido. Control de convencionalidad y la CIDH. En línea: recuperado en fecha 20/07//17 de https://www.facebook.com/guidoalcnm/posts/1246138708839815:0. Lima. 2017.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado. En Revista Direito GV. 9(2). En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n2/a15v9n2.pdf. São Paulo, 2013.

ALONSO TELLO MENDOZA, Juan. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. En Revista Prudentia Iuris. N° 80. En línea: Recuperado

[18] ALONSO TELLO MENDOZA, Juan. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. En *Revista Prudentia Iuris*. N° 80. En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf. Argentina, 2015, p. 214.

en fecha 27/07/17 de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf. Argentina, 2015.

CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y ROSAS RÁBAGO, Elizabeth Nataly. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. 64. En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.academia.edu/31026894/El_control_de_convencionalidad_como_consecuencia_de_las_decisiones_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos. San José, Costa Rica, 2013.

CARPIZO, Enrique. El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM. Nueva serie, año XLVI, N° 138. En línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711578. México. 2013.

DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José F. El control de convencionalidad en el Perú. En línea: Recuperado en fecha 27/07/17 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363. Lima, 2013.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. En: Revista Pensamiento Constitucional. N° 20. En línea: recuperado en fecha 27/07/17 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/14888/15428. Lima, 2015.

JINESTA L. Ernesto. “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). El Control difuso de la convencionalidad. Diálogo entre la Corte Internacional de Derechos Humanos y los jueces nacionales. En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIB

UNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C. México, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ. Humberto. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos. En Revista de derecho constitucional europeo. Núm. 19. En línea: recuperado en fecha 27/07/17 de http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Chile, 2013.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. En: Revista Chilena de Derecho. En línea: recuperado en fecha 20/07/17 de http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n1/art07.pdf. Chile. 2012.

S/a. Control de convencionalidad. En: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nº 7. En línea: recuperado en fecha 20/07/17 de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf. San José, Costa Rica.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coordinadores). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. En línea: recuperado en fecha 18/07/17 de https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/acc_ref/Convencion_Americana_sobre_Derechos_final.pdf. México. 2016.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del tribunal constitucional peruano y de la corte interamericana de derechos humanos. En: Cuaderno de Trabajo del Centro de investigación, capacitación y asesoría jurídica. PUCP. N° 6. En Línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://www.jus.uio.no/smr/english/people/aca/ntorres/docs/nueva-serie---cuaderno-6.pdf. Lima, 2013.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). En línea: recuperado en fecha 28/07/17 de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1367. Lima, 2012, pp. 352- 353.