



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA APLICACIÓN DEL CONTROL CONVENCIONAL Y SU ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Oblitas Villalobos, William Jesús

Asesor:

Aguilar del Águila, Wilson Oswaldo

(ORCID: 0000-0002-3080-3539)

Jurado:

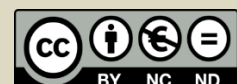
Navas Rondón, Carlos Vicente

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Rocío

Lima - Perú

2023



Reporte de Análisis de Similitud

Archivo:	1A_OBLITAS_VILLALOBOS_WILLIAM_JESÚS_DOCTORADO_2022.docx
Fecha del Análisis:	22/11/2022
Analizado por:	Astete Llerena, Johnny Tomas
Correo del analista:	jastete@unfv.edu.pe
Porcentaje:	22 %
Título:	LA APLICACIÓN DEL CONTROL CONVENCIONAL Y SU ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO
Enlace:	https://secure.arkund.com/old/view/143555098-750302-924744#HZFNTkMxDITv0vUIJf6L06sgFggC1AXddIm4O1/Q8+TFk7FjOz+X7+fl+jo0NVmGgwAJ6sBYWpPjOSGmoZp5cKjDLHAUGwK1TXKYc2JxgBbCA8erztJn2SyLXNDn6MiCTAGf6BMuUSdi6EXiBY3XXNOcNjTiTY5t4hvYBGfrIGS4XG7zbBMUaBmKf+AaLgon2M8fyqEloCojBmLpqLZcyHzKTWg95CkCflkQ3wrFwEwxFawuctBYFMbxwuAag4dgYrGXUknBzDNN9E7rCVXYVnJMEGNIGs9G0cdFwwASAUmSAeQu8Q3VPJAgIMWr1gMo+imYOihqLdCleJNaomrIniPRSVrYvjsQqswdogXih1qNbOlGoppJtOpLIFnt7Z4D6rZDHUzJ+R7x5suz/vX4/55v70/bh+X63ixOWys8Ey3HtvW7x8=



DRA. MIRIAM LILIANA FLORES CORONADO
JEFA DE GRADOS Y GESTIÓN DEL EGRESADO



ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**LA APLICACIÓN DEL CONTROL CONVENCIONAL Y SU ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO**

Línea de investigación:

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho

Autor:

Oblitas Villalobos, William Jesús

Asesor:

Aguilar del Águila, Wilson Oswaldo

(ORCID. ID: 0000-0002-3080-3539)

Jurado:

Navas Rondón, Carlos Vicente

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Gonzales Loli, Martha Rocío

Lima – Perú

2023

Dedicatoria:

A los que trascienden a mis pocas virtudes; a los que compensan mis enormes defectos; a los acreedores de mis primeros y últimos pasos; a los hacedores de mi destino y el brillo de mis modestas metas: Rodolfo y Trinidad, mis amados padres.

Agradecimiento:

A Dios y mi familia; a los compañeros, colegas y profesores (nacionales y extranjeros) con quienes he compartido esta inquietud por encontrar una estructura sobre el control convencional; a mi asesor de tesis por su apoyo constante; a los revisores de tesis, quienes siempre me han brindado sugerencias oportunas; a los miembros del jurado de la sustentación de tesis por su prestigio y estímulo; a la Universidad Federico Villarreal.

INDICE

RESUMEN	7
ABSTRAC	8
ABREVIATURAS	9
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Planteamiento del Problema	12
1.2. Descripción del problema	14
1.3. Formulación del problema	16
<i>1.3.1. Problema General</i>	16
<i>1.3.2. Problemas Específicos</i>	16
1.4. Antecedentes	17
1.5. Justificación de la investigación	20
<i>1.5.1. Justificación Teórica</i>	20
<i>1.5.2. Justificación Práctica</i>	21
<i>1.5.3. Justificación Metodológica</i>	21
1.6. Limitaciones de la investigación	21
1.7. Objetivos de la investigación	22
<i>1.7.1. Objetivo General</i>	22
<i>1.7.2. Objetivos Específicos</i>	23
1.8. Hipótesis	23
<i>1.8.1. Hipótesis principal</i>	23
<i>1.8.2. Hipótesis secundarias</i>	23
II. MARCO TEÓRICO	24
2.1. Marco conceptual	24
<i>2.1.1. Control de convencionalidad</i>	24
<i>2.1.2. Argumentación Jurídica</i>	25
2.2. Los derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos	26
2.3. La comisión interamericana de derechos humanos	31
<i>2.3.1. Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	34
2.3.1.1. Función Política	37
2.3.1.2. Función Judicial	38
<i>2.3.2. Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	40
2.3.2.1. Ratione materiae	43
2.3.2.2. Ratione temporis	43
2.3.2.3. Ratione loci	44
2.4. La corte interamericana de derechos humanos	44
<i>2.4.1. Organización de la Corte IDH</i>	46
<i>2.4.2. Competencia y funciones de la Corte IDH</i>	48
<i>2.4.3. Procedimiento de los juicios en la Corte IDH</i>	55
2.5. Los principios del derecho internacional de los derechos humanos	59
<i>2.5.1. Principio Pacta Sun Servanda</i>	60
<i>2.5.2. Principios: buena fe y el fin útil de los tratados</i>	63
<i>2.5.3. Principio Pro Homine</i>	65

2.5.4. <i>Principio de Complementariedad y Subsidiaridad</i>	67
2.6. Concepto de control de convencionalidad	71
2.6.1. <i>Relación entre la convencionalidad y el control constitucional</i>	76
2.6.2. <i>El control político como vertiente del control constitucional</i>	78
2.6.3. <i>El control jurisdiccional como vertiente del control constitucional</i>	80
2.7. Aplicación del control convencional	82
2.7.1. <i>El control de convencionalidad concentrado</i>	86
2.7.2. <i>El control de convencionalidad difuso</i>	88
2.8. El control de convencionalidad alcanza a todos los estados miembros	90
2.9. La forma como las cortes internas vienen aplicando el control de convencionalidad	94
2.9.1. <i>El control convencional en Argentina</i>	97
2.9.2. <i>El control convencional de Colombia</i>	99
2.9.3. <i>El control convencional de México</i>	101
2.10. Fundamento jurídico del control de convencionalidad	104
2.11. Los estándares para aplicar el control de convencionalidad	108
2.11.1. <i>El bloque de constitucionalidad como estándar del control convencional</i>	111
2.11.2. <i>Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar</i>	115
2.12. La eficacia jurídica de los fallos de la corte interamericana de derechos humanos	118
2.13. Mecanismos internos para ejecutar los fallos de la corte interamericana de derechos humanos	122
2.14. El margen de apreciación nacional	126
2.14.1. <i>La ejecución de las sentencias en el Sistema Europeo de Derechos Humanos</i>	126
2.14.2. <i>El margen de apreciación nacional en el control convencional</i>	130
2.14.2.1. Origen y concepto del margen de apreciación nacional	130
2.14.2.2. Razones que justifican la existencia del margen de apreciación nacional	133
2.14.2.3. Fallos de la Corte IDH que toman en cuenta el Margen de apreciación nacional	137
2.15. El control convencional y su argumentación jurídica	143
2.15.1. <i>La argumentación Jurídica</i>	143
2.15.2. <i>Tipos de argumentación</i>	146
2.15.2.1. La argumentación lógica	146
2.15.2.2. La argumentación dialéctica	148
2.15.2.3. La argumentación retórica	151
2.15.3. <i>Discurso práctico general</i>	152
2.15.3.1. El discurso práctico es el discurso moral	155
2.15.3.2. Las reglas del discurso práctico general	156
2.15.4. <i>Estructura de la argumentación jurídica</i>	159
2.15.4.1. Justificación interna	160
2.15.4.1.1 <i>Deducción</i>	160
2.15.4.1.2 <i>Inducción</i>	162
2.15.4.1.3 <i>Abducción</i>	163
2.15.4.1.4 <i>Falacias</i>	163
2.15.4.2. Justificación externa	165
2.15.4.2.1 <i>Los seis grupos de reglas y formas de</i>	

<i>justificación externa</i>	172
2.15.4.2.2 <i>Argumentos creativos</i>	174
2.15.5. <i>Discurso Jurídico</i>	180
2.15.6. <i>Fórmula del peso</i>	183
2.15.7. <i>La argumentación como herramienta para aplicación del control convencional</i>	185
2.15.7.1. <i>Utilización implícita de los principios</i>	186
2.15.7.2. <i>Utilización la logicidad para el control de convencionalidad</i>	187
2.15.7.3. <i>Control convencional mediando “cosa juzgada” o “cosa interpretada”</i>	189
2.15.7.3.1. <i>Mediando “cosa juzgada”</i>	190
2.15.7.3.2 <i>Mediando “cosa interpretada”</i>	192
2.16. <i>El control de convencionalidad y la argumentación jurídica en el Perú</i>	198
2.16.1. <i>El control de convencionalidad y su argumentación jurídica aplicado por el tribunal constitucional peruano</i>	201
2.16.1.1. <i>Caso Alberto Cartagena</i>	202
2.16.1.2. <i>Caso Barrios Altos y La Cantuta</i>	203
2.16.1.3. <i>Caso Pedro Lizana Puelles</i>	205
2.16.1.4. <i>Caso Albero Quimper Herrera</i>	206
2.16.1.5. <i>Caso Panamericana TV</i>	206
2.16.1.6. <i>Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia</i>	207
2.16.1.7. <i>Caso Susel Paredes</i>	207
2.16.2. <i>El control de convencionalidad y su argumentación jurídica aplicado por el Poder Judicial peruano</i>	210
2.16.2.1. <i>Caso sobre discapacidad</i>	210
2.16.2.2. <i>Caso píldora del día siguiente</i>	212
2.16.2.3. <i>Caso indulto a Alberto Fujimori</i>	213
2.16.3. <i>El control de convencionalidad en el nuevo código procesal constitucional peruano</i>	217
III. MÉTODO	219
3.1. Tipo de investigación	219
3.1.1. <i>Tipo – Nivel</i>	219
3.1.2. <i>Diseño</i>	219
3.2. Población y muestra	220
3.3. Operacionalización de variables	220
3.3.1. <i>Variables e Indicadores</i>	220
3.3.1.1. <i>Variables</i>	220
3.3.1.2. <i>Indicadores</i>	221
3.4. Instrumentos	221
3.5. Procedimientos	222
3.6. Análisis de datos	222
3.7. Consideraciones éticas	222
IV. RESULTADOS	223
V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	226
5.1. Sobre los problemas que ha sido materia de tesis y su justificación	226

5.2. Confiabilidad de instrumentos y validación de hipótesis	228
VI. CONCLUSIONES	231
VII. RECOMENDACIONES	233
VIII. REFERENCIAS	235
8.1. Referencias bibliográficas	235
8.2. Referencias electrónicas	242
8.3. Fuentes casuística judicial	244
IX. ANEXOS	249
IX.1.- Matriz de consistencia	249
IX.2.- Matriz de operacionalización de variables	251

RESUMEN

El presente trabajo tiene como **objeto**: Determinar si se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano; analizar la evolución y aplicación del mismo; y, proponer una estructura de la teoría de la argumentación jurídica para su desarrollo. Para nuestra investigación, los **métodos** son: explicativo e inductivo; siendo que, para demostrar nuestra hipótesis, analizaremos los fallos más emblemáticos del Poder Judicial, e incluso del Tribunal Constitucional peruano, en donde se ha aplicado el control de convencionalidad; llegando a tener como **resultado** que, en los mismos, no se ha ejercitado la aplicación de los parámetros que la misma figura actualmente exige, y menos se ha cumplido con las técnicas de la teoría de argumentación e interpretación jurídica, las cuales proponemos se deban considerar para estos casos. Sobre las **conclusiones**, se demuestra que, existe una mayoritaria aplicación incorrecta del control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano; que, el control de convencionalidad va evolucionando y ya tiene condiciones propias para su ejecución; y, justo para perfeccionar dicha estructura, proponemos a la teoría de la argumentación jurídica como herramienta coadyuvadora, mediante la justificación interna (deducción, inducción y abducción), la justificación externa (los seis grupos de reglas), las interpretaciones creativas, el discurso jurídico, la fórmula del peso, la cosa juzgada o la cosa interpretada. Todo esto, nos arroja proponer una estructura de sólida aplicación en el presente trabajo.

Palabras clave: Control de convencionalidad, argumentación jurídica, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, discurso jurídico.

ABSTRAC

The purpose of this paper is: To determine whether conventional control and its legal arguments are correctly applied in the Peruvian judicial system; analyze its evolution and application; and, propose a structure of the theory of legal argumentation for its development. For our research, the methods are: explanatory and deductive; being that, to demonstrate our hypothesis, we will analyze the most emblematic rulings of the Peruvian Judiciary and Constitutional Court, where the control of conventionality has been applied; The result is that, in them, the application of the parameters that it currently requires has not been exercised, and less has been complied with the techniques of the theory of argumentation and legal interpretation, which we propose should be considered for these cases. On the conclusions, it is shown that the control of conventionality is evolving and already has its own conditions for its execution, and just to perfect this structure We refer to the theory of legal argumentation as an adjuvant tool, through internal justification (deduction, induction and abduction), external justification (the six groups of rules), creative interpretations, legal discourse, the formula of weight, *res judicata* or the interpreted thing. All this throws us to propose a structure of solid application in the present work.

Key words: Control of conventionality, legal argumentation, Judiciary, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights, legal discourse.

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado para los Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CDPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
CP	Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos
CPP	Constitución Política del Perú
CSCE	Comisión sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
ECIDH	Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
FOTCD	División de Operaciones sobre el Terreno y Cooperación Técnica (siglas ingles)
HRTD	División de Tratados de Derechos Humanos (siglas ingles)
HRCSPD	División del Consejo de Derechos Humanos y los Procedimientos Especiales
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
MC	Medida Cautelar
OC	Opinión Consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo

ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
TC	Tribunal Constitucional
PJ	Poder Judicial
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RRDD	División de Investigación y Derecho al Desarrollo (Siglas en ingles)
JNE	Jurado Nacional de Elecciones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCP	Tribunal Constitucional Peruano
UPR	Examen Periódico Universal (siglas ingles)

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia interamericana resaltó un nuevo control en el año 2003, ello con el tiempo se ha constituido incluso como una sujeción interpretativa para la resolución de conflictos y reconocimiento de derechos; esta figura es el control de convencionalidad, su origen más afirmado lo encontramos en el fundamento veintisiete del voto singular del ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez en el caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”.

Posteriormente, el control de convencional se vio repotenciado cuando la Corte IDH emitió pronunciamiento en el caso “Almonacid Arellano vs Chile” (2006), en dicho fallo se describe: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, (...). En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”” (p. 53).

A la fecha, tal método se ha visto fortalecido en la jurisdicción de la Corte IDH, y dicha irradiación en su contenido difuso se ha expandido hacia los países miembros del Sistema Interamericano de Derecho Humanos (SIDH), dentro de ellos, Perú. Es en este último espacio en donde se desarrollará nuestra tesis, específicamente analizaremos lo referido al fuero judicial ordinario, abarcando con ello al Poder Judicial; ello, sin perjuicio de analizar lo que corresponde al Tribunal Constitucional. Justamente en estas instituciones que administran justicia se han iniciado a aplicar el control de convencionalidad, siendo propicio entonces emitir criterios sobre los límites y justificaciones en que se debe considerar dicha propuesta.

Al aplicar el control de convencionalidad, por parte de nuestros órganos jurisdiccionales, han existido aportes en la ejecución de dicho método pero también los pronunciamientos se han visto sumergidos en ambigüedades que han evidenciado una afectación a los criterios de una adecuada argumentación jurídica; ejemplo de ello es el caso sobre la “píldora del día siguiente”, en donde si bien existía un pronunciamiento inicial del Tribunal Constitucional (2009) que impedía la distribución gratuita de dicho medicamento, pero seis años después, debido a la sentencia de la Corte sobre “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”, el Poder Judicial permitió que se dispendie el antibiótico mencionado, lo cual últimamente ha sido confirmado por el mismo Tribunal Constitucional; lo expuesto delata una ambigüedad ya que procesalmente haría percibir que existían cuatro fallos sobre dicho fenómeno (TC, Corte IDH, PJ y TC), pero también deja evidenciar un vacío de fondo, ya que, el principal motivo para plantear una nueva demanda de amparo fue el control de convencionalidad, pero ello no ha sido acogido por el máximo intérprete de la Constitución en el último fallo.

La intención de la investigación, es abordar las complejidades aplicativas que mantiene principalmente el Poder Judicial de Perú y, de forma sucesiva el Tribunal Constitucional, al utilizar y argumentar indebidamente el control de convencionalidad. Para aplicar correctamente el mencionado control se debería reconocer el artículo de la CADH que determina sus alcances; en la argumentación se debe desarrollar si la convencionalidad obedece solo a las sentencias de la Corte IDH, a las opiniones consultivas, a las medidas provisionales, o a los procedimientos de supervisión de cumplimiento; al fundamentar jurídicamente los órganos jurisdiccionales deben saber aplicar los lineamientos hermenéuticos sobre los derechos humanos.

El control de convencionalidad si bien tiene condiciones propias de su evolución para ser aplicada, advertimos que ello no es suficiente, ya que, para su ejecución preceptiva y correcta, necesitará de las técnicas de argumentación jurídica, las mismas aportarán a lo que denominamos como estructura del control de convencionalidad. Al respecto, García (2017) sobre la evolución de la argumentación menciona que “de la sentencia como mandato y mero ejercicio de autoridad se pasó, allá por el XIX, a la sentencia como producto de la razón cognoscente, de la razón teórica” (p. 237).

Justamente esos fallos, de los cuales ahora se exige sean motivados y razonados, cuando se sustenten en la aplicación del control de convencionalidad deben contener ciertas directrices obligatorias (señalas por el mismo SIDH) que hagan factible el que el sistema de justicia efectúe una labor justificada y no aparente o arbitraria. Entonces, en el trabajo, luego de haber expuesto los parámetros que en la actualidad exige el control de convencionalidad, describiremos la teoría de la argumentación jurídica, mencionando sobre los tipos de argumentación existente, el lógico, el dialéctico y el retórico; a su vez, se desarrollará lo que se entiende por Discurso Práctico General, como se aplica el mismo en el campo moral; y, seguidamente, se llegará a detallar la estructura de la argumentación jurídica, describiéndola tanto en su justificación interna (deducción, inducción, abducción y falacias), como en su justificación externa (las seis grupos de reglas y formas de argumentación). Consecutivamente, nos referiremos al discurso jurídico, a la fórmula del peso, y entraremos de lleno a la argumentación jurídica como herramienta para la aplicación del control de convencionalidad.

Para demostrar que no se usan las condiciones de la estructura del control convencional (propias y derivadas de la argumentación jurídica) por parte del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional de forma excepcional, hemos analizado las diez sentencias más emblemáticas

que tienen ambos organismos, llegando a demostrar en la fase de discusión de resultados, que en ninguno de los casos se ha seguido un cumplimiento estricto de la estructura del referido control.

Como parte final, entre las conclusiones que hemos propuesto, la central hace mención a la estructura del control convencional que proponemos y afianzamos, siendo que la misma a nuestro entender no solamente debe guiarse por los parámetros del mismo mecanismo, sino que debe ayudarse de la teoría de la argumentación jurídica para tener validez y ser preceptiva. En cuanto a las recomendaciones, las mismas se derivan de nuestra conclusión y del mejoramiento de la administración de justicia nacional.

1.1. Planteamiento del Problema

Nuestra investigación es viable en el tiempo y en las formas ya que tiene una realidad problemática que la motiva y mediante el presente trabajo se trata de efectuar un estudio sobre las alternativas que se pueden efectuar sobre dicha contingencia.

1.2. Descripción del problema

Si bien el control convencional se ha descubierto y descrito desde hace cerca veinte años, de manera difusa (aplicado la justicia ordinaria o el Poder Judicial) recién se viene efectuando en nuestro país.

Para nuestro problema, el punto de partida es el que la justicia local (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) recién hayan utilizado dicho control, y que sus resoluciones han sido

sujetas a varias interpretaciones; ello obliga a analizar si es que las motivaciones de esos pronunciamientos judiciales mantienen un estándar de argumentación jurídica calificado, si los mismos han seguido el método sugerido por la doctrina autorizada y la jurisprudencia internacional, y orienta a proponer las opciones que sobre dicha problemática existen.

Actualmente tenemos por ejemplo que en el caso de “la píldora del día siguiente” en donde, en cuatro instancias jurisdiccionales (TC, Corte IDH, el PJ y TC), han emitido pronunciamientos disímiles y hasta cierto punto contradictorios. Asimismo, tenemos otra sentencia emblemática “nulidad del indulto al expresidente Fujimori”, en donde, producto de una resolución de revisión de sentencia de la Corte IDH, donde se describen ciertas pautas en vía penal, se creó un incidente de control convencional, aunque el mismo no estaba regulado en la legislación. De igual forma, en el caso del “reconocimiento de matrimonio homosexual extranjero”, en donde el Poder Judicial recoge las recomendaciones de un Informe emitido por la CIDH venciendo las normas del Código Civil interno.

Necesitamos evaluar la realidad descrita ya que la administración de justicia local debe promover la mayor seguridad posible en sus pronunciamientos, debe establecer estándares argumentativos previsibles para los magistrados y así conseguir la legitimación social que necesita ante la población. Entendamos que el deber que tiene el Poder Judicial, obliga a que se cumpla el mismo de la forma más correcta posible, evitando arbitrariedades y buscando siempre la justificación más sensata y neutral.

También buscamos con el planteamiento de nuestras preguntas, el que la aplicación del control convencional se sirva de la argumentación jurídica, y se tenga como resultado que en la justicia peruana se establezca mediante márgenes más previsibles y con mayor rigurosidad

aplicable sobre tal concepto; de esa forma podríamos contribuir a mejorar la calidad de las resoluciones judiciales y por ende de nuestra justicia.

1.3. Formulación del problema

Teniendo en cuenta que, para determinar un problema, se inicia interrogando primero las causas, y, segundo, las consecuencias; procedemos a mencionar que el presente trabajo tiene por finalidad el que, se propongan estándares de argumentación jurídica en el Poder Judicial peruano, al aplicar el control convencional; el problema se plantea de la siguiente manera:

1.3.1. Problema General

¿Se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano?

1.3.2. Problema Específico

¿Deviene en importante la evolución y aplicación del control de convencionalidad para la resolución de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano?

¿Existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano?

¿Qué métodos de la teoría de la argumentación jurídica se proponen utilizar para aplicar el control convencional en el sistema judicial peruano?

1.4. Antecedentes

A nivel latinoamericano existen diversas publicaciones relacionadas al control de convencionalidad; esta figura jurídica ha sido creada mediante un voto singular en el pronunciamiento del caso “Murna Mack Chang vs Guatemala” (2003); desde ahí se han dado diversos estudios y mejorías en su aplicación; ejemplo del ello es el caso “Almonacid Arellano y otros vs Chile” (2006), en donde existe un despliegue mayor sobre tal figura; siendo que con posterioridad se detalla la aplicación de oficio de dicho control y contra normas de menor rango, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú”.

De forma más reciente tenemos el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México” (26/11/2010), en donde el tribunal internacional determina que las autoridades locales están sujetas al tratado de la Convención Americana y a las interpretaciones que se hagan de ellas; tal máxima fue reiterada en los casos de “Radilla Pacheco, Fernández Ortega, Rosendo Cantú”; de igual forma, en el caso “Gelman vs Uruguay (fondo y reparaciones)” de fecha 24 de febrero del 2011, literalmente la Corte IDH indicó:

Que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley. (p. 70)

En la sentencia “Rochac Hernández y otros vs El Salvador” (Reparaciones y Costas) de fecha 14 de octubre del 2014, se determinó que las interpretaciones de la Corte IDH vinculan no solo al Poder Judicial local sino a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. A su vez, en el caso “Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala” del 20 de noviembre del 2012 se estableció que el control convencional se extiende a otros Tratados de Derechos Humanos.

Particular connotación brinda el caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname* del 30 de enero del 2014, en donde la Corte menciona que no impone un modelo específico para realizar el control convencional, siendo que los jueces y todos los órganos del Estado están obligados a ejercer dicho control. De igual forma, sobre el parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas, existe la Opinión Consultiva OC-21/14 denominada “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, de fecha 19 de agosto del 2014; en dicho pronunciamiento se expone que cuando un Estado se vincula por medio de un Tratado, dicho acuerdo vincula a todos sus órganos.

En suma, estos vendrían a ser algunos de los antecedentes jurisdiccionales sobre el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente en la Corte IDH y la CIDH. Ello demuestra la irradiación que ha mantenido dicha institución dentro de los cánones interpretativos, como también, devela (sus últimos pronunciamientos) la coerción que ejerce su hermenéutica sobre los juzgados locales.

Justamente nuestro trabajo trata sobre esa aplicación interpretativa que se efectúa en sede local del control convencional; conocemos que respecto a los temas de argumentación jurídica se tienen diversas posiciones, incluso teorías, que justifican su debate, como la de Robert Alexy (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), o

como la de Atienza (Las razones del derecho), o la de García Amado (Razonamiento jurídico y argumentación). En efecto, esa temática de la argumentación será nuestro instrumento para poder determinar la correcta aplicación de los juzgados ordinarios sobre el control precitado.

Aparte de las sentencias y opiniones del SIDH referidas, existen tesis y libros que han estudiado la aplicación del control convencional, incluso sobre sus discordancias con la aplicación del margen de apreciación nacional; de más está indicar los escritos de Ferrer Mac Gregor sobre el particular, los comentarios de Sergio García Ramírez, los aportes del profesor argentino Néstor Pedro Sagües, entre otros autores destacados. Incluso, con suma modestia y solo bajo una actitud informativa el presente investigador ha efectuado artículos y exposiciones sobre ambas instituciones. Pero, centrado en la realidad peruana, es la primera tesis donde se analizará la aplicación del control convencional bajo los estándares de la argumentación jurídica judicial; es la primera ocasión en que formalmente se estudie desde el parámetro de la argumentación la calidad de los pronunciamientos donde el Poder Judicial ha usado esta figura (son pocos, pero de mucha importancia), y a su vez, se registrarán condiciones para efectuar dicha tarea en consonancia con lo autorizado por el SIDH.

En concreto, nuestro trabajo no tiene un precedente de exactitud singular, pero marcamos referencia con los aportes que tanto, en jurisprudencia como en doctrina, se han desarrollado sobre el control de convencionalidad; de igual forma, nos servimos de las teorías que existen sobre argumentación jurídica, para poder analizar nuestro eje temático, como también para poder aportar estándares o condiciones de aplicación de dicho control, y originar su estructura.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación Teórica

Se justifica nuestro trabajo en que el control de convencionalidad es un mecanismo de reciente data (2003), el mismo que se encuentra en evolución teórica, para ello es necesario evaluar sus fines y alcances; como también, se sugiere el que se evalúe la argumentación jurídica en la aplicación de dicho control, lo cual conlleva una discusión muy polémica (metódicamente hablando) en la actualidad, por los márgenes que brinda y obliga a cumplir.

El que el control de convencionalidad tenga una claridad en su aplicación persuade a que el mismo sea ejecutado de forma inobjetable, produciendo así que la crítica disminuya la razón de sus fundamentos. Y, justo esto es lo que se busca con la argumentación jurídica, ya que tal institución brinda la justificación adecuada y equilibrada para poder aplicarse al referido mecanismo.

En conclusión, en el campo teórico no solamente se pretende indicar las causas que detallan los desafíos de la aplicación del control de convencionalidad en la argumentación jurídica judicial del Perú, sino que se planteará una estructura sugerida por la argumentación jurídica para la ejecución de tal figura.

1.5.2. Justificación Práctica

En cuanto a la justificación práctica, el trabajo de investigación académica emprendido es importante ya que ayuda a resolver un problema actual que viene a ser la adecuada

argumentación jurídica en la aplicación del control de convencionalidad en los fallos del Poder Judicial del Perú.

Ante ello, en el presente trabajo realizaremos propuestas estratégicas que permitirán resolver los problemas fácticos y jurídicos que se vienen presentando en la actualidad.

1.5.3. Justificación Metodológica

La presente investigación académica es de importancia científica, ya que en la misma se determinará un procedimiento que validará los métodos existentes para interpretar y aplicar válidamente la argumentación jurídica del control de convencionalidad, reforzando así el método empírico de dicha figura.

1.6. Limitaciones de la investigación

Los factores limitantes son todos aquellos elementos externos que puedan tener influencia en la calidad del estudio. Son aquellos obstáculos o parámetros que aparecen en el avance de la investigación y que muchos de ellos no dependen del investigador mismo.

En el límite temporal, la presente investigación comprende la argumentación jurídica de los magistrados del Poder Judicial al aplicar el control convencional en los últimos cinco años. Y, es que tan moderna es esta figura, que solo en dicho periodo se puede evaluar su aplicación por la justicia ordinaria.

A su vez, cabe mencionar que nuestro trabajo se limita a estudiar los fallos más emblemáticos sobre la aplicación del control convencional, y sobre los mismos analiza si se cumplió con una adecuada argumentación jurídica; ello con el objeto de consolidar estándares de interpretación sobre dicho mecanismo.

La presente tesis acepta las teorías que existen sobre argumentación jurídica, pero destaca principalmente una de ellas para poder aplicar el control convencional. De igual forma, no se cuestiona dogmáticamente dicho control, solamente se le describe para ver si en la justicia ordinaria peruana se viene cumpliendo adecuadamente.

En cuanto a limitaciones sobre el personal o material de trabajo, se podría decir que, de forma referencial existen opiniones formadas sobre nuestro tema, tanto por parte del control convencional, como por el de argumentación jurídica, aunque si resulta un poco obstructivo el que nadie haya estudiado de forma exacta nuestra pregunta general.

1.7. Objetivos de la investigación

1.7.1. Objetivo General

Determinar si se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano

1.7.2. Objetivo Específico

Analizar si deviene en importante la evolución y aplicación del control de convencionalidad para la resolución de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano

Explicar si existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano

Indicar qué métodos de la teoría de la argumentación jurídica se proponen utilizar para aplicar el control convencional en el sistema judicial peruano

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis principal

Resulta mayoritariamente incorrecta la aplicación del control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano.

1.8.2. Hipótesis secundarias

Es importante la evolución y aplicación del control de convencionalidad para la resolución de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano.

No existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano.

Se propone utilizar métodos de la teoría de la argumentación jurídica para aplicar el control convencional en el sistema judicial peruano

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco conceptual

Si bien en el desarrollo temático se profundizará sobre los conceptos que se vienen dando en la doctrina, como en la jurisprudencia, sobre determinadas figuras que aportan a nuestra investigación. Es necesario el que brindemos una definición inicial y didáctica sobre las mismas.

2.1.1. *Control de convencionalidad*

Para ceñirnos al aspecto originario de la definición, citaremos que se dice de dicha figura en el caso “Almonacid Arellano vs Chile” (2006), describimos lo mencionado por la propia Corte IDH:

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

sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 53)

Tal posición a la fecha se viene manteniendo, aunque con algunas modificaciones sobre sus efectos; algunos agregan el que tiene potestad sobre las normas y las actuaciones de las instituciones.

2.1.2. Argumentación Jurídica

La figura de la argumentación jurídica se ha visto conceptualizada de forma técnica como de manera básica; para nuestra investigación recogemos el significado más elemental de dicha institución ya que en la ampliación de nuestra investigación iremos elaborando conceptos de mayor rigor:

Argumentar es simplemente eso, dará razón expresa de algo que se afirma o se prefiere. Al decir “de algo que se afirma o se prefiere”, ya estamos diferenciando dos campos separados, aunque no desconectados; el del conocimiento y el de la acción. O, en terminología también usual, el de la razón teórica y el de la razón práctica. No son los únicos, pero son los que más nos interesan aquí ahora. (García, 2017, p. 206)

Lo expuesto, es la definición de argumentar básicamente, y ello lo tenemos que llevar al campo jurídico; al respecto, para llegar a tal fin, es que citamos lo que indica sobre el particular el profesor Alexy (2010):

La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso de la discusión científico – jurídico. (p. 44)

De igual forma, el profesor Beleño (2017), en su libro sobre La Argumentación y la Corte Constitucional, nos menciona:

La Teoría de la argumentación jurídica se constituye en una de las prácticas jurídicas más sugestivas que ha permeado la cultura jurídica durante los últimos 40 años, basada en la idea de que la argumentación racional es posible, al seguir un conjunto de reglas, principios y procedimientos. Así, el discurso jurídico gana solidez, en el sentido de garantizar las pretensiones de corrección mediante las decisiones jurídicas. (p. 14)

Nosotros vamos a desarrollar todo un subcapítulo sobre la argumentación jurídica, especialmente en el punto 2.15. de la presente tesis; sin perjuicio de ello para poder definirla nos apoyamos de lo descrito; si separamos el término argumentar, vamos a mencionar que el mismo consiste en justificar, en razonar, en emitir un criterio determinado sobre un suceso o una propuesta; y, si a ello se le añade la palabra jurídica, ello quiere decir que esa justificación o raciocinio va a tener que darse por medio de los criterios y métodos de la ciencia del derecho, va a sujetarse esa argumentación a lo que la disciplina jurídica le condiciona en su margen.

2.2. Los derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos

A fin de poder conocer la fuerza vinculante que mantiene el *control convencional*, es necesario estudiar la fuente en donde se produce tal figura, el SIDH; es aquí donde resalta dicha institución para mantener el vigor en su aplicación; asimismo, resulta indispensable el evaluar las facultades que mantiene la CIDH y la Corte IDH, ya que de esa forma podremos ver como se aplica dicho control.

De acuerdo a lo indicado por Remoti (2004): “La protección jurisdiccional de la Corte Interamericana se extiende, en primer lugar, a aquellos derechos expresamente señalados por la Convención Interamericana de Derecho Humanos. En segundo lugar, a los derechos contemplados en los Protocolos adicionales a dicha Convención” (p. 103).

La Corte vigila los derechos humanos que se encuentran explícitos en la Convención firmada por los siguientes países: 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, Uruguay. Trinidad y Tobago (1998), y Venezuela (2012) renunciaron. (Oblitas. 2018)

En la historia encontramos que fue la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) la que dio preponderancia a los derechos fundamentales al nivel de promocionarlos como un elemento sustancial para las obligaciones internacionales. En esa labor es que en dicho documento se utilizó por primera vez el término de “derechos humanos”. Es más, a la fecha existe en la ONU la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), la misma que se encarga de los siguientes fines:

- La División de Investigación y Derecho al Desarrollo (RRDD por sus siglas en inglés) tiene a su cargo la investigación temática y la elaboración de políticas, la integración de la perspectiva de derechos humanos en todos los ámbitos de trabajo del sistema de las Naciones Unidas, la elaboración de herramientas y carpetas didácticas y el suministro de competencias a diversos interesados en una amplia gama de temas relativos a los derechos humanos.
- La División de Tratados de Derechos Humanos (HRTD) se encarga de apoyar la labor de los 10 órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos que cuentan con un mandato para supervisar la aplicación en el ámbito nacional de los tratados internacionales en la materia.
- La División de Operaciones sobre el Terreno y Cooperación Técnica (FOTCD) apoya la labor del personal encargado de los derechos humanos sobre el terreno y coordina la colaboración del ACNUDH con los países en materia de derechos humanos.
- La División del Consejo de Derechos Humanos y los Procedimientos Especiales (HRCSPD) ofrece apoyo sustantivo y de organización al Consejo de Derechos Humanos, a su mecanismo de Examen Periódico Universal (UPR), a los procedimientos especiales y a otros órganos subsidiarios (ONU, 2001).

La doctrina se ha encargado de determinar cuáles son las características de los derechos humanos que la ONU reconoce, a saber, del jurista peruano Valle – Riestra (2016), son cuatro los elementos: “i) Suponen una relación jurídica entre individuos o grupo social frente al

Estado, ii) Son congénitos, innatos o personales, iii) Son universales e iguales, iv) son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables” (p. 305).

Si bien en la ONU se dio el inicio de la regulación sobre tratados de derechos humanos; a nivel regional la OEA siguió el ejemplo de la organización mundial, debido a ello es que creó:

La Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” (CIDH, 2005).

Tal como se menciona en el libro publicado por el Tribunal Constitucional peruano, publicado respecto al control de convencionalidad:

El derecho internacional de los derechos humanos, al ser una rama del derecho internacional público, no resultó ajeno al proceso de codificación tanto a nivel

internacional como regional. Tras el término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados estaban determinados a dignificar a la persona humana, a brindarle la protección internacional que fuera necesaria. En este cometido, las organizaciones internacionales y regionales jugaron un papel fundamental en el proceso de creación normativa. Al inicio de sus labores, Naciones Unidas estableció como área prioritaria la identificación y elaboración de las obligaciones en materia de derechos humanos (TC, 2016, p.4).

En igual condición que en la ONU, la CADH se creó por la necesidad posterior a la segunda guerra mundial; los estados miembros vieron la urgencia de reunirse en México y acordaron el establecer un convenio regional sobre derechos humanos. Exactamente en Costa Rica, en el año 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, los Estado de la OEA transcribieron la Convención Americana sobre Derecho Humanos, para lo cual acordaron que la misma entraría en vigencia el 18 de julio de 1978.

De acuerdo a la CADH, en la Parte II (medios de protección) Capítulo VI (de los órganos competentes) artículo 33 y siguientes, se menciona de manera textual: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”. Colegimos que, si bien la ONU fue la primera entidad en efectuar la catalogación de “Derechos Humanos” y de crear tratados para que proteja los mismos, en la OEA se promovió la Convención Interamericana de Derecho Humanos, documento en donde se describen cuáles serán las dependencias que se encargarán de proteger los derechos humanos que reconozca el tratado precitado. (Oblitas, 2018)

La CIDH, y la Corte IDH protegerán los derechos humanos que reconoce la Convención; los mismos se encuentran determinados en el Capítulo II (derechos civiles y políticos) y el Capítulo III (derechos económicos, sociales y culturales) del referido Tratado: Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Personal, Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre, Derecho a la Libertad Personal, Garantías Judiciales, Principio de Legalidad y de Retroactividad, Derecho a Indemnización, Protección de la Honra y de la Dignidad, Libertad de Conciencia y de Religión, Libertad de Pensamiento y de Expresión, Derecho de Rectificación o Respuesta, Derecho de Reunión, Libertad de Asociación, Protección a la Familia, Derecho al Nombre, Derechos del Niño, Derecho a la Nacionalidad, Derecho a la Propiedad Privada, Derecho de Circulación y de Residencia, Derechos Políticos, Igualdad ante la Ley, Protección Judicial. Se determina entonces, que la Corte IDH y la CIDH protegen los veintidós derechos fundamentales descritos; pero tal numeración no es estricta, ya que también se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el artículo 26° de la Convención referida.

2.3. La comisión interamericana de derechos humanos

El doctor Vidigal (2011) en la tesis “Protección internacional de los derechos humanos - justificaciones técnico - jurídicas para la creación de un tribunal mundial de derechos humanos”, define la CIDH de la siguiente forma:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH es el principal órgano de promoción y defensa de los derechos humanos en el escenario regional americano. Creada en 1959, a ella se encuentran vinculados todos los treinta y cinco países que

firmaron la Carta de la OEA, no limitando su competencia a la aceptación previa por los países, como ocurre por regla en los demás sistemas internacionales de protección (p. 258).

La Organización de Estados Americanos (2018) señala que “la CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano”. La creación de la CIDH data del año 1959 en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores efectuada en la capital de Chile (Santiago). Ello nos conlleva a inferir que la existencia de la CIDH es previa a la de la CADH. Debido a ello, es que cuando se crea la Convención se promovió el que la Comisión adaptara su Estatuto y Reglamento en atención a la determinación convencional existente. La OEA refiere sobre la CIDH, que esta efectúa su labor en base en tres pilares de trabajo: i) el Sistema de Petición Individual; ii) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros, y iii) la atención a líneas temáticas prioritarias. (Oblitas, 2018)

En cuanto a su composición, la Comisión mencionada está conformada por siete comisionados que son propuestos por los Estados miembros de la OEA; al respecto, si bien en la Corte IDH es necesario que los representantes sean juristas, en el caso de la Comisión no se exige ese requisito (artículo 52 de la CADH). Respecto a la elección de sus miembros, Tojo (2016) indica que:

Los/las comisionados/as deben ser “personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”. A pesar de que estos requisitos no se encuentran definidos formalmente, la sociedad civil ha hecho aportes que permiten

establecer ciertas pautas de interpretación. Por ejemplo, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés) ha entendido que: *La más alta autoridad moral*. Hace referencia al público reconocimiento de una actuación personal y profesional intachable y ejemplar reflejo de calidades humanas tales como el compromiso con la efectiva vigencia de los derechos humanos, (...). *Reconocida competencia en materia de derechos humanos*. Con relación a la competencia, la experiencia en este campo no se limita a la formación académica en este ámbito, sino también al ejercicio profesional en esta arena, la habilidad intelectual para traducir los hechos y argumentos en sólidos análisis jurídicos y políticos, la capacidad para abordar diversas áreas fundamentales para el desarrollo de las funciones del órgano: especialidades jurídicas (por ejemplo: derecho del refugio), temáticas (por ejemplo, género), habilidades técnicas (ejemplo: documentación o implementación de políticas públicas en derechos humanos), entre otras. (p. 734)

De acuerdo al inciso 1) del artículo 37 del Estatuto de la CIDH, los miembros de la misma son elegidos por el periodo de cuatro años y solamente podrían ser reelegidos por una vez más.

La CIDH tiene su sede en Whashington, D.C. En cuanto a la inmunidad de sus miembros, el artículo 12 del Estatuto de la CIDH precisa:

En los Estados miembros de la Organización que son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos. Durante el ejercicio de sus

cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

Resulta necesario el analizar algunas características de la CIDH, e incluso su historia, a fin de comprender a plenitud.

2.3.1. Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tal como indica la doctrina, la base funcional de la CIDH se encuentra reconocida en el artículo 41° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, dicho dispositivo indica:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (Oblitas, 2018, p. 968)

Las facultades que ostenta la CIDH han ido evolucionando de forma progresiva. Tengamos en cuenta que la OEA fue creada en mayo de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, la misma que se desarrolló en Bogotá (Colombia), en aquella conferencia se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; pero en su creación no existía aún algún órgano que protegiera los derechos mencionados. Con posterioridad, recién en agosto de 1959, en Santiago de Chile, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (gracias al clima político que se vivía con la revolución cubana) se motivó la creación de la CIDH.

Para dar precisión sobre las facultades que sostenía la CIDH en aquella época, Tojo (2016), citando a Faúndez Ledesma, indican:

De acuerdo con los términos del Estatuto entonces aprobado, la Comisión era una entidad autónoma de la Organización de (los) Estados Americanos - de carácter no convencional - cuyo mandato era promover el respeto de los derechos humanos. Esto se veía claramente reflejado en la negativa de los Estados para otorgarle al nuevo órgano

la competencia de conocer sobre quejas efectuadas por individuos respecto de violaciones a los derechos humanos cometidas por ellos. Sin embargo, fue inevitable la afluencia de denuncias semejantes (p. 750).

Lo mencionado nos da a colegir que la creación de la CIDH, y sobre la cual los países firmaron, no tenía naturaleza convencional, ello quizá debido a la situación política que los países soportaban por aquel entonces (existían gobiernos totalitaristas). Podríamos decir entonces que en sus inicios la Comisión tenía como objetivo la promoción de los derechos humanos. Con el tiempo vinieron sosteniendo mayores facultades, tal como la de recibir quejas de privados contra los Estados firmantes. (Oblitas, 2018)

De acuerdo al jurista Gonzales (2009) “en su primer período de sesiones, la Comisión le hizo saber a los organismos políticos de la OEA que sus facultades no le permitirían realizar la misión que los pueblos de América pueden esperar de ella en defensa de los derechos humanos, pues ha considerado que su deber no debe limitarse a la simple promoción del respeto de esos derechos, sino que está obligada a cuidar de que ellos no sean violados” (p. 36). Específicamente el documento que asimilaba tal precisión era el Documento 32-OEA/SER.L/V/II.01 (14/03/1961).

Después de cerca veinte años, se pudo crear la Corte IDH (1979), pero antes de ello, fue la Comisión la que sujetó firmeza en la protección de los derechos del sistema interamericano. La brega que efectuó la CIDH se realizó por medio de informes, los cuales versaban sobre determinados temas de sensibilidad social: derechos de los discapacitados, de la mujer, protección del medio ambiente, etc. Tales documentos servían a los Estados regulados por la CADH a fin de que implementen políticas que protejan a los sectores sociales más

vulnerables. Ya en la actualidad, la CIDH tiene funciones más específicas, las cuales procedemos a explicar.

2.3.1.1. Función Política. Tal como lo describe Tojo (2016), resulta importante separar la función política y la función jurídica que sostiene la CIDH; la primera de ellas se encuentra destinada sobre todo a la promoción de los Derechos Humanos, y la segunda va dirigida a comportarse como ente evaluador de las quejas que posteriormente serán evaluadas por la Corte IDH.

Respecto a la función política, es necesario precisar que, ya en la actualidad, la CIDH mantiene diferentes facultades ante la OEA y ante los Estados que conforman la Convención Americana. Ello ha sido definido en el artículo 18, el artículo 19 y el artículo 20 de su Estatuto, citamos:

Artículo 18. Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; (...).

Se deja traslucir que las funciones desplegadas ante los Estados que forman parte de la OEA son más de promoción o de estímulo en el reconocimiento de los derechos humanos.

2.3.1.2. Función Judicial. A diferencia de lo indicado, el artículo 19° del mencionado Estatuto menciona sobre las facultades, pero ante los países firmantes de la Convención:

Artículo 19. En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

- a) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- b) comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
- c) solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; (...).

En igual sentido, el artículo 20 del precitado texto indica cuatro facultades más sobre los Estados que son parte de la OEA, pero no de la Convención. “Como bien puede apreciarse, las atribuciones dispuestas en el artículo 18 que afectan por igual a todos los Estados miembros de la OEA son aquellas que corresponden a las funciones políticas de la Comisión; mientras que las que tienen un alcance diferenciado entre los Estados partes de la Convención y los que

no lo son, según lo establecido en los artículos 19 y 20, corresponden a sus funciones judiciales” (Tojo, 2016, p. 753).

Para aquellos Estados que son miembros de la OEA, pero no han rubricado la Convención, la Comisión IDH utiliza la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). A su vez, cabe mencionar que “si algún Estado miembro de la OEA quisiera desvincularse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debería denunciar la Carta de la organización, cosa que nunca ha sucedido” (Tojo, 2016, p. 756).

De forma determinante, en el inciso f) del artículo 41 de la CADH se encuentra la facultad jurídica de la CIDH: “actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención”. Debido a ello es que la Comisión precitada mantiene una labor dentro del proceso competencial que se seguirá ante la Corte IDH.

De acuerdo al letrado Remotti (2004), la CIDH tiene como función la de “investigar las denuncias e intentar llegar a una solución amistosa entre las víctimas y el Estado, solución que generalmente se circunscribe al pago de una indemnización por parte del Estado” (p.122). Y, justamente cuando no se puedan efectuar esas soluciones amistosas es que se plantean las denuncias ante la Corte; siendo por tanto la Comisión un órgano de filtro que permite que en la institución mencionada no exista una especie de sobrecarga, o se vicie su función jurisdiccional.

El mismo Remotti (2004), indica que la función de filtro debe desactivarse, siendo indispensable que todas las quejas lleguen a la Corte Interamericana, cito:

El modelo europeo ha cambiado radicalmente y ha procedido a eliminar la función de filtro de la Comisión Europea de Derechos Humanos, permitiendo el acceso directo de los ciudadanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito americano creemos que esta opción sería también conveniente, por cuanto parece mucho más adecuado para la defensa de los derechos que la decisión final de llevar un caso ante la Corte, de no llegar a un arreglo amistoso con el Estado, pueda ser tomada de forma libre y sin presiones ni amenazas de ningún tipo por los perjudicados en la violación de derechos, y no sólo por la Comisión. (p.123)

Si bien la propuesta es motivadora, pero dada la realidad en que nos encontramos, creemos que eliminar la facultad de filtro de la CIDH viciaría la justicia supra constitucional. Ello lo sostenemos ya que la causal de amenaza que indica el autor precitado se encuentra probada, y si en caso existiera algún hecho de ese tipo, se tendría que denunciar e implementar las acciones correctivas. Además, sin la presencia de la CIDH, la Corte IDH mantendría una sobrecarga procesal mayor a la que se encuentra ahora, los procesos conllevarían mayor tiempo al no contar con suma claridad sobre los mismos, la Corte IDH se vería en la necesidad de contratar más personal y mayor logística. La composición del Sistema Interamericano se adecuada a nuestra realidad, en donde las controversias son numerosas y por ello mismo se requiere depurar las que revisten de materia convencional.

2.3.2. Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH tiene competencia sobre todos los Estados firmantes de la CADH y de los Protocolos especializados que le reconozcan con autoridad suficiente. A su vez, la potestad de

denunciar ante la Comisión puede ser asumida por cualquier persona, en su propio nombre o el de terceras personas; es más, a la fecha se han sometido múltiples denuncias efectuadas por personas jurídicas (mayormente ONG) reconocidas legalmente en uno o más Estados parte de la OEA. Al respecto, el artículo 44 y el artículo 45 de la CADH explican de mejor forma sobre la competencia de la CIDH, citamos:

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

En otro trabajo, hemos concluido que, si bien existe la competencia *ratione personae* (denuncia personal, de ONG, o grupos de personas), también existe la denuncia interestatal; dicha posibilidad se efectúa con la CADH y no con la Carta de la OEA; solo es vinculante con los países que rubricaron dicho acuerdo; la finalidad es que un Estado pueda denunciar a otro la violación de los derechos humanos, los países que aceptaron tales facultades y obligaciones son: “Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela” (Vidigal, 2011, p.154).

En cuanto a la competencia de la CIDH sobre las denuncias de un Estado a otro, el profesor Solari (2006) menciona:

Diferente es el caso de la evaluación de los incumplimientos pues la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue contra otro Estado Parte haber incurrido en violaciones de los Derechos Humanos establecidos en la Convención, sólo funcionará para los Estados que hayan hecho una declaración por la cual reconozcan la referida competencia de la Comisión (artículo 45). Sin embargo, esta limitación a los Estados de acudir a la Comisión para alegar que otro Estado ha violado la Convención no se extiende a los individuos. (p.256)

De acuerdo a lo expuesto, los casos más resaltantes en los que un Estado sujeto a la CADH haya denunciado a otro ante la CIDH, son: Nicaragua contra Costa Rica, Ecuador contra Colombia.

Los requisitos básicos para poder conllevar una atención ante la CIDH, es que la denuncia no debe ser anónima, se debe haber agotado todos los recursos internos, no debe haber litispendencia, no debe estar sometida a otra jurisdicción internacional, se debe sostener en observancia de las condiciones formales, la presentación debe ser en el plazo de seis meses. Una vez admitida la denuncia, se requiere al Estado denunciado que presente información al respecto. En concreto, la competencia asumida por la Comisión tiene que ver con las siguientes figuras.

2.3.2.1. Ratione materiae. La comisión solo puede evaluar peticiones que tengan que ver con violaciones a los derechos humanos sostenidos en la CADH o alguno de los instrumentos interamericanos vigentes (DADDH, la CADH, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la CIPST, la CIDFP, y la Convención de Belem do Pará); teniendo en cuenta las reservas de ley que efectúen los Estados.

2.3.2.2. Ratione temporis. Guarda relación con el principio de irretroactividad; ello ya que la Comisión sólo evaluará aquellas solicitudes que se hayan efectuado una vez entrado en vigor la Carta mencionada. Aunque, la Comisión también puede elucidar sobre violaciones efectuadas con anterioridad a la firma del Tratado, pero siempre y cuando exista un delito continuado, citamos:

En ese sentido, en un caso contra Brasil en el que se alegaban violaciones anteriores a la ratificación por parte del Estado de la Convención Americana la Comisión IDH resolvió que: la Comisión tiene competencia *ratione temporis* para conocer y decidir del presente caso conforme a la Declaración, en relación con las violaciones alegadamente ocurridas antes de la ratificación de la Convención, así como conforme a la Convención en lo que se refiere a las actuaciones y procedimientos realizados por la justicia brasileña en tanto éstos puedan constituir una violación continuada de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. (Tojo, 2016, p. 773)

2.3.2.3. Ratione loci. Al respecto, comentado el inciso 1) del artículo 1 de la CADH, podríamos citar lo siguiente:

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. (Bohórquez, 2008, p.253)

La Comisión solo conocerá de las violaciones a derechos humanos que se hayan efectuado en el territorio de aquellos países que han firmado el tratado.

2.4. La corte interamericana de derechos humanos

El jurista Alexy (2010) al afirmar sobre las proposiciones normativas que se utilizan para resolver, menciona:

El que la verdad no consiste en una simple relación proposición – mundo es un argumento importante contra la tesis de que las proposiciones no son susceptibles de verdad, pero para fundamentar positivamente su capacidad de verdad es necesario algo más. Se debe mostrar que, en el marco de una teoría consensual, es posible diferenciar las aserciones fundadas de las infundadas, los argumentos válidos de los inválidos. (p.165)

Justamente la institución que efectuará en sus fallos a nivel regional, lo que Robert Alexy comenta en la cita descrita, es la Corte IDH, teniendo como paraguas de aplicación a la CADH.

Para Remotti (2004) la Corte IDH guarda la siguiente definición que a continuación definimos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo establece 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:

- 1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal de naturaleza penal. (...)
- 2.- La Corte Interamericana no es un Tribunal de apelaciones de las sentencias de los órganos jurisdiccionales o arbitrales internos. (...)

3.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos es de carácter supletoria. (p.40)

De acuerdo al artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH, aprobada en el noveno periodo de sesiones, mediante Resolución en la Asamblea General de la OEA (octubre de 1979, La Paz, Bolivia), se define a dicha institución:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto (p. 1).

En la norma mayor, la CADH, encontramos que la Corte IDH es sostenida en el Capítulo VIII, estando a que la misma se subdivide en tres capítulos o secciones diferenciadas: i) organización, ii) competencia y funciones, y iii) procedimiento de los juicios.

2.4.1. Organización de la Corte IDH

La Corte IDH se compone de siete jueces, cuya nacionalidad tiene que ser de los Estados miembros, para la elección de los mismos se requiere contar con la condición de que sean juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia sobre derechos humanos. No cabe la posibilidad de que existan dos jueces de la misma nacionalidad. Son nombrados por un periodo de seis años con la posibilidad de reelegirse en una sola oportunidad. La elección de los Magistrados se efectuará en sesiones de la Asamblea General de la OEA. Las vacantes en la Corte se efectuarán por los motivos de: muerte, incapacidad permanente, renuncia o remoción (Oblitas, 2018).

Los jueces serán elegidos bajo lista de propuesta de los mismos Estados; cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos (al menos un candidato de otra nacionalidad). Para dichos efectos, seis meses antes de que se lleve a cabo la elección, la Secretaría General de la OEA pedirá por escrito a cada Estado parte de la Convención, proponer sus candidatos en el plazo de noventa días. Posteriormente, de acuerdo al Estatuto de la Corte IDH “El Secretario General de la OEA preparará una lista en orden alfabético de los candidatos presentados, y la comunicará a los Estados partes, de ser posible, por lo menos treinta días antes del próximo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA”.

A su vez, se conoce que, a los jueces elegidos no se les puede responsabilizar por sus votos, y que “Los jueces de la Corte tendrán, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, las inmunidades y privilegios propios de los agentes diplomáticos reconocidos por el derecho internacional” (Remotti, 2004, p.82).

Una vez constituida la Corte, en ella misma se elige al presidente y al vicepresidente, por dos años (los mismos tienen la posibilidad de ser reelectos). El presidente tiene como función el dirigir el trabajo de la Corte, ordenar y tramitar los asuntos que se ventilen en la discusión. La secretaría de la Corte merece una descripción especial; ella funciona bajo la inmediata autoridad del secretario, “el Secretario será nombrado por la Corte. Será funcionario de confianza de la misma, de dedicación exclusiva, tendrá su oficina en la sede y deberá asistir a las reuniones que la Corte celebre fuera de la misma” (artículo 14 del ECIDH).

De igual forma, tal como lo indica Remoti (2004) “además de los siete jueces que componen la Corte, los Estados cuando son demandados pueden nombrar a un Juez ad hoc,

para que participe como tal en el proceso, siempre que entre los jueces llamados a conocer el caso ninguno tenga la nacionalidad del Estado demandado” (p.87),

En el caso “Paniagua Morales contra Guatemala” (Corte IDH, 1995) se indica sobre la independencia e imparcialidad que debe regir sobre un Juez ad hoc:

Que la naturaleza del Juez ad hoc es semejante a la de los demás jueces de la Corte Interamericana, en el sentido de no representar a un determinado Gobierno, de no ser su agente y de integrar la Corte a título personal, como dispone el artículo 52 de la Convención, en concordancia con el numeral 4 del artículo 55. Los mismos requisitos de los jueces permanentes se requieren para ser Juez ad hoc. La integración a título personal de todos los jueces, permanentes y ad hoc, de la Corte se fundamenta y debe atender a la necesidad de proteger la independencia e imparcialidad de un tribunal internacional (p. 46).

En concreto, es requisito que el Juez ad hoc no se vea como un representante para los intereses del gobierno que lo propone, si no como un agente imparcial para dar claridad a la *litis*.

2.4.2. Competencia y funciones de la Corte IDH

De acuerdo a lo expresado por Remotti (2004): “La protección jurisdiccional de la Corte interamericana se extiende, en primer lugar, a aquellos derechos expresamente señalados por la CIDH. En segundo lugar, a los derechos contemplados en los Protocolos adicionales a dicha convención”. (p. 87)

En cuanto a las facultades de la Corte IDH, el jurista Correa (2016) menciona lo siguiente:

El artículo 63 de la CADH establece tres facultades que la Corte IDH puede ejercer cuando conozca de algún asunto: la de disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la Corte declare han sido afectados en ellos; la de ordenar la reparación de los mismos; y la de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas. Se trata de una norma de orden adjetivo, referida a la competencia y funciones de la Corte, y no de la parte sustantiva de la Convención, donde se declaran los deberes de los Estados parte. (p.821)

La jurisprudencia de la misma Corte IDH ha contribuido con asentar posición sobre la facultad de garantizar los Derechos Humanos ante los Estados miembros, y sobre los que no forman parte de la Convención (la jurisprudencia es una fuente para la Corte IDH).

Un ejemplo de lo mencionado es el Informe Van Boven (2004), el cual viene a ser un estudio referido al derecho de la restitución, indemnización y rehabilitación a las personas que habían sido víctimas de flagrantes violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales (el mismo que fue presentado en la cuadragésimo quinta sesión de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Respecto a dicho Informe, la doctrina sostiene:

La verdad como reparación

En cuanto a la vía de las reparaciones de las víctimas, en 1993, el señor Theo van Boven, ex Relator Especial de la Subcomisión para la Promoción y Protección de Derechos Humanos (...) emitió un informe relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales. Dicho informe fue perfeccionado en diversas ocasiones por el mismo experto, una en 1996 y otra en 1997. (Oblitas, 2018, p.393)

Caso muy particular (y de mucha importancia para nuestro estudio) es el evidenciar lo que se opina sobre el derecho a reparar a las víctimas, el mismo que no se encuentra determinado de forma explícita en la legislación, cito:

La CADH no dispone de una norma general que consagre la obligación de los Estados de proveer reparaciones a las víctimas de las violaciones establecidas en ella. Esta obligación tampoco está explícitamente consagrada en otros instrumentos de derecho internacional convencional para todo tipo de violaciones. La forma en la que usualmente este derecho está consagrado es como la obligación de los Estados de establecer en su derecho interno recursos efectivos a las víctimas, dentro de los cuales diferentes órganos de implementación de estas convenciones han entendido que se comprende el recurso a obtener reparación. En el caso de la Convención Americana esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 25, que establece un derecho general a la protección, a través de “un recurso sencillo y rápido (...) ante los jueces o tribunales competentes. (Correa, 2016, p. 822).

En efecto, yendo más allá de lo taxativo y literal que estipula la CADH, la Corte ha dispuesto interpretar el artículo 25 de la misma y proveer reparaciones. Es más, la protección

no solo alcanzaría a los derechos consagrados en la Convención antedicha, sino también a aquellos que se encuentran en la Constitución o la misma Ley. Respecto a las reparaciones, la Observación General N° 31, denominada “Comentarios Generales Adoptados por el Comité de Derechos Humanos” (2004), menciona:

El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos. (Considerando 16)

Aunque la Corte IDH hace mención que mediante la jurisprudencia es posible extender su difusión de facultades, es condicionante el conocer lo que literalmente expresa la CADH, citamos:

Artículo 63°

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen

las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (Bohórquez, 2008, p. 270)

En una jurisprudencia de antigua data, el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (1988), se hace mención sobre el deber de prevención e indemnización que existe sobre los Estados victimarios, citamos:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. (p. 36)

La condición que propone la Corte IDH para poder reparar es que haya existido violación de un derecho existente en la Convención, y que la misma sea imputable al Estado miembro.

En ese mismo sentido, con respecto a las excusas formales que un Estado estaría tentado a presentar con el objeto de evitar la ejecución de los fallos, el caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (1999) menciona sobre el particular:

Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes Nos. 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma y así lo declara la Corte. El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención. (p.64)

Si bien el inciso 1) del artículo 63 de la CADH refiere que la Corte garantiza los derechos y obliga a reparar las violaciones, a la fecha la misma entidad mediante su jurisprudencia ha ampliado su espectro de aplicación, ya que una reparación integral comprende a su vez: i) medidas de restitución (restablece hasta se pueda antes de la violación), véase el caso Caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, ii) rehabilitación (medidas destinadas a atender dolencias de salud psíquica y física), iii) satisfacción (reparar el daño inmaterial, disculpas públicas, actos de conmemoración), iv) garantías de no repetición (actos que acrediten el que

no se repetirán los actos de violación, ello se hace adecuando la legislación, capacitando a los funcionarios en DDHH, u otras) iv) Obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar (deber de identificar al responsable y sancionarlo), véase caso “Castillo Páez vs Perú”. Este extremo último la Corte lo ha realizado en sus informes que emite anualmente en los años 2010 y 2011.

En cuanto a la reparación, la misma ha ido evolucionando; si bien lo ideal es que exista una reparación retrotrayendo todo hasta antes de la afectación (*restitutio in integrum*), dicho acto resulta dificultoso, es por ello que deviene en necesario el que se determinen algunos criterios para efectuar la restitución (enfoque de género o de grado de discriminación por ejemplo), la Corte en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (2009) ha indicado:

Conforme a ello, la Corte valorará las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes de forma que éstas:

- i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal;
- ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales;
- iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento;
- iv) reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar;
- v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación;
- vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y
- vii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado. (p. 114)

Para nuestro tema, podemos colegir que la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado de forma galopante, siendo que traspasa lo expresado en la CADH, aunque se debe dejar en claro que lo efectúa bajo el respeto de los derechos humanos que necesitan protección. Pero, justo allí cabe el analizar, ya que a nuestro parecer se deben establecer límites de protección, donde los Estados tengan seguridad y predictibilidad sobre lo que se resolvería en la Corte, límites de decisión que permitan avizorar hasta donde iría su facultad interpretativa.

2.4.3. Procedimiento de los juicios en la Corte IDH

Tal como lo menciona Remotti (2004): “La Corte Interamericana no actúa de oficio, sino que requiere que algunos Estados parte de la Convención o la Comisión interponga ante ella una demanda”. (p. 146)

Justamente así se describe a las partes legitimadas para interponer una demanda, la misma que tiene que ser por escrito, se debe indicar quienes son los perjudicados, la exposición de los hechos, se debe adjuntar la resolución que apertura la denuncia por parte de la Comisión, se debe ofrecer las pruebas del caso, la individualización de los testigos y peritos, el fundamento de derecho, las pretensiones y las conclusiones.

En el litigio existen cuatro partes, la Comisión IDH, la víctima, el Estado, y la misma Corte IDH. Una vez recibida la denuncia por parte de la Comisión, la presunta víctima contará con dos meses a fin de que presente su solicitud, argumentos y pruebas; en igual sentido, el Estado contará con dicho plazo para que pueda excepcionar y efectuar su defensa. Una vez efectuada la demanda, la contestación, el planteamiento de excepciones, las medidas cautelares del caso, etc, la Corte convoca al inicio del procedimiento oral (Capítulo III del Reglamento de

la Corte IDH), es en esta etapa en la que se debate las fundamentaciones hechas por escrito; la presidencia señalará la fecha de las audiencias que fuera oportunas, se planteará una lista de declarantes (propuestas por cada una de las partes), se puede efectuar la objeción de los testigos (en el plazo de diez días de conocida la lista), también será posible la recusación de los peritos (por ser parientes, haber representado a la víctima, o tener vínculos estrechos, etc.). Finalmente, la Corte decidirá sobre los medios planteados.

En la fase oral, las partes pueden formular preguntas a los testigos o los peritos, siempre bajo el control de la presidencia, en la propia audiencia, la Comisión expondrá los fundamentos del informe, luego la Presidencia llamará a los declarantes a efectos de que sean interrogados (iniciará la parte que lo haya ofrecido), una vez que se haya escuchado a los declarantes y los magistrados hayan efectuado las preguntas que creen conveniente, la Presidencia otorgará a la Comisión, las víctimas y el Estado la posibilidad de alegar, con la salvedad de que posterior a ello los siete magistrados tendrán la posibilidad de poder preguntar.

En este espacio, cabe precisar sobre la importancia de la prueba, el mismo que la Corte en su jurisprudencia - Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” - (2003) refiere:

En primer lugar, es importante señalar que en materia probatoria rige el principio del contradictorio, en el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos del artículo 43 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes. (p. 11)

Aparte de que priman los principios como del contradictorio dentro de la actividad probatoria de la audiencia ante la Corte IDH, cabe mencionar que el mismo órgano también tiene la posibilidad de poder ofrecer “la prueba de oficio” (artículo 58 - Diligencias probatorias de oficio). A su vez, resulta muy importante determinar que la carga de la prueba corresponde a la parte que alega un hecho, tal como nos lo indica el caso “Las Palmera contra Colombia” (2000), citamos:

El procedimiento ante esta Corte, tal como lo señala la Comisión, tiene carácter contradictorio. Este Tribunal, por su parte, falla según lo alegado y probado por cada parte. Por ello, la circunstancia de que la parte demandante haya omitido la mención de determinados hechos no impide que la parte demandada los alegue y presente las pruebas correspondientes. Esta Corte no alcanza a comprender en qué medida la conducta de la Comisión ha afectado el derecho de debido proceso que corresponde a Colombia y considera que la excepción interpuesta carece de fundamento, razón por la cual la desestima. (p.8)

Aunque, tal como lo menciona Remotti (2004): “pero si se trata de pruebas que sólo pueden ser obtenidas con la ayuda o colaboración del Estado o que están en su poder, la carga de la prueba se invierte y es el Estado quién tiene que demostrar la falsedad de lo afirmado” (p. 214)

La consignación de lo desarrollado en las audiencias se llevará a cabo por medio de Actas. A su vez, cabe mencionar que existe la posibilidad de que se efectúe la posibilidad de una finalización anticipada del proceso (allanamiento de la demanda); al respecto, el caso “Barrios Altos vs Perú” (2001) se indica:

La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. (p. 15)

Pasada la audiencia bajo las formalidades advertidas, y no existiendo allanamiento (el cual puede efectuarse en cualquier etapa del proceso antes del fallo), se efectúa la parte del juicio denominado “el dictado de la sentencia”. Para ello, la Corte delibera en privado y su decisión final deberá contar con el voto conforme de la mayoría de los Magistrados presentes (siendo el Quórum 5 de los 7). Así también, de acuerdo al artículo 69 del RCIDH la supervisión del cumplimiento de sentencias se efectúa mediante informes estatales. Es la Comisión la que deberá presentar observaciones al informe del Estado. A su vez, resulta muy interesante el inciso tres de la norma citada, al dar la posibilidad al Tribunal de “convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión”. Una vez que la Corte evalúe el cumplimiento de la sentencia efectuado emitirá la resolución respectiva.

Apartado muy especial ameritan las opiniones consultivas de la Corte (Título III de las opiniones Consultivas, artículo 70, del RCIDH). Las mismas responden a las preguntas que con precisión efectuaría la Comisión o un Estado miembro. A su vez también se puede pedir a la Corte la interpretación de otros tratados o la interpretación de leyes internas.

Ha resultado necesario detallar el proceso del juicio ante la Corte, a efectos de poder determinar la relevancia de la decisión a tomar, tanto es así que una causa en promedio puede durar tres años de análisis y actuación. Justo este exiguo hurgamiento y su particularidad tratamiento, es el que promueve que pueda existir una convencionalidad en su resultado (inicialmente para los Estados partes, luego tendría una fuerza irradiadora). De por sí, el que exista contradictorio en el juicio, el que se excepcione, se evalúen peritos, se examinen testigos, se pidan aclaraciones (si fuera el caso), o se alegue bajo teorías escrupulosamente escrudiñadas, permite que el fallo a elucidar cuente con mayor pureza técnica jurídica y por tanto vincule a las partes. Asimismo, cabe mencionar que el proceso delata que son las partes las que se someten a la jurisdicción, pudiendo incluso excepcionar, caso contrario con las opiniones. Entonces, resulta beneficioso conocer de qué tipo de actuaciones brota la convencionalidad.

2.5. Los principios del derecho internacional de los derechos humanos

Solari (2008) sobre los derechos humanos indica: “El hombre ha sentido la necesidad de afirmar en su vida en sociedad ciertos principios básicos para la convivencia humana. En los tiempos modernos estas aspiraciones encontraron su expresión en la Carta Magna impuesta a Juan sin Tierra en el año 1215, en la Constitución Americana de 1776 y en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789”. (p. 243)

Aunque, tal como menciona el autor, dichos derechos tenían alcance nacional, ello quiere decir que no traspasaban las fronteras a otras jurisdicciones.

En palabras de Valle - Riestra (2016) los principios “son categorías que pertenecen a la lógica jurídica y son de una mayor amplitud que la ley, por lo que sirven de lineamientos por donde debe desarrollarse los derechos humanos”. (p. 306)

Tal como lo menciona el jurista Peces – Barba (1980): “En el concepto de Derecho de los derechos fundamentales se integran, pues, como en todo concepto de Derecho, tres perspectivas: la normativa, la axiológica y la fáctica”. (p.79)

Justamente al regular los derechos más trascendentes para el aplicar e interpretar los Tratados Internacionales es que se tiene que considerar aquellos actos más resaltantes que produzca el derecho público a fin de que orienten el correcto compromiso de los pactos asumidos por los Estados.

2.5.1. Principio Pacta Sun Servanda

La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (1969) recoge el principio *Pacta Sun Servanda*, el artículo 26 de dicho plexo indica literalmente: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Este principio ha sido mencionado por la Corte IDH en múltiples oportunidades por el referido organismo (Caso “cinco pensionistas contra Perú”, caso “Trujillo Oroza contra Bolivia”), siendo el caso más didáctico el de “Bulacio contra Argentina” (2002), copiamos:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes. (p.50)

Se puede percibir que este principio (*pacta sunt servanda*) obliga a los Estados miembros a honrar los compromisos asumidos por medio de los tratados, tan grande es ese deber que la misma Convención de Viena lo recoge en su artículo 27:

El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

La Corte IDH, en el caso “Bulacio vs. Argentina” (2003) se pronunció sobre el principio mencionado de la siguiente forma:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado les sea asegurado un efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes. (p. 50)

Este principio le da la fuerza vinculante no solo a la CADH sino también a los pronunciamientos de la Corte IDH y sus otros organismos. Este principio es la matriz del control de convencionalidad ya que el mismo le irroga fuerza y respeto para la ejecución de las decisiones de la alta Corte.

A la fecha, si bien los Estados que se encuentran bajo jurisdicción de la Corte IDH vienen ejecutando los fallos de la misma, aún existe resistencia sobre la autoridad de los pronunciamientos de la Suprema Corte que presuntamente tendrían confrontación con la Constitución. En esta hipótesis, de acuerdo al principio de *pacta sunt servanda* y el control de convencionalidad, la misma Constitución Política tendría que adecuarse a la aplicación o interpretación de la CADH. Al respecto, el tratadista Sagües (2010) menciona:

El Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar

el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución. (p. 160)

En concreto, para el caso de nuestra investigación, este principio que significa “santidad de los tratados” o “los tratados deben ser cumplidos”, es el ente que brinda fuerza a la convencionalidad, el mismo que faculta el sobre los fallos de la Corte IDH y los pronunciamientos de sus organismos.

2.5.2. Principios: buena fe y el fin útil de los tratados

El maestro Solari (2008) en cuanto a la Buena Fe como herramienta interpretadora menciona: “Concepto difícil de precisar está más bien vinculado con la moral y sugiere la actuación exenta de malicia. Es el procedimiento recto y honrado que realiza un Estado con la convicción de poseer alguna cosa con derecho legítimo”. (p.49)

Asimismo, el referido profesor menciona que de acuerdo al Fin Útil “En la interpretación de los términos de un tratado debe considerar que en ella no se puede concluir un absurdo o un concepto contrario al propósito para el que fue suscrito el tratado”. (Solari, 2008, p. 50)

El principio de buena fe y el de fin útil si bien no aparece en la CADH, como tampoco en la CEDH, pero dichos principios se encuentran relacionados a todos los Tratados Internacionales por la misma Convención de Viena en su artículo 26:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Asimismo, en la propia Convención de Viena, en el artículo 36 referido a la interpretación de los Tratados, se indica en el inciso uno: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En conclusión, ningún Tratado Internacional puede librarse de dichos axiomas, siendo que los mismos (buena fe y fin útil) dan cobijo y existencia al control de convencionalidad, ya que los mismos son determinantes para suplir la carencia normativa de dicho control en la CADH.

Al respecto de la buena fe, la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006) ha mencionado: “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. (p. 53)

Tal como lo deja ver el caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia” (2005), si bien en la CADH no existe una norma sustantiva que regule sobre el principio de buena fe, pero el párrafo tercero de su Preámbulo expresamente se refiere a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, exactamente cuando hace mención a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Es por ello que, el doctor Guadalupe (2015), en su tesis doctoral al referirse a la CADH y la CEDH indica:

En ese sentido, se puede inferir que ambos tribunales regionales siguen las pautas interpretativas de la Convención de Viena, y han incorporado un método de interpretación similar bajo los principios de buena fe y el objeto y fin de los tratados, como elementos para determinar el límite y alcance de las disposiciones convencionales. Sin embargo, la CADH y la CEDH como *lex specialis* dentro del Derecho Internacional se rigen bajo un sistema de restricciones interpretativas previstas en sus preceptos 29 de CADH y 17 y 18 y 53 del CEDH, como garantía de efectividad”. (p. 105)

En conclusión, dichos principios coadyuvan a que el control de convencionalidad se materialice, se aplique y desarrolle; tales axiomas son una barrera para la Corte IDH cuando aplique el control de convencionalidad, como para quienes la ejecuten.

2.5.3. Principio Pro Homine

En la doctrina existe una variada denominación para dicho principio, también se le conoce como Pro Persona, o Principio In Dubio Pro Homine o In Dubio Pro Persona. Su denominación típica la brinda el artículo 29 (normas de interpretación) de la CADH:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) 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; c) excluir otros

derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En efecto, sobre este punto, Rosas (2015) cuando trata de definir sobre los principios, menciona:

El principio *pro homine*, es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”. (p. 450)

De acuerdo a la doctora Rodríguez (2016) “la preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable”. (p. 13)

Asimismo, al respecto cabe citar la Opinión Consultiva OC-05/85 (1985) de la Corte IDH:

Si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre

otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce. (parr.52)

En concreto, siendo el principio *pro homine* una norma de interpretación de acatamiento obligatorio, faculta a los jueces de instancia doméstica o internacional a aplicar el control convencional al aplicar una norma que tenga mayor beneficio o ventaja sobre el reconocimiento de los derechos humanos de una persona, sin importar el rango de los dispositivos que confronta, siempre y cuando sea la más protectora.

2.5.4. Principio de Complementariedad y Subsidiaridad

De acuerdo al letrado Aguilar (2016) se indica:

En cuanto al principio de complementariedad y de subsidiariedad corresponde, este es un principio más propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que significa el hecho de que en el Sistema IDH, existen distintos niveles de protección, y distintos sujetos llamados a cumplir con esta función, sin embargo, el primer responsable de la protección de los derechos humanos es el Estado. (p.45)

Este principio direcciona a que cada Estado domésticamente debe respaldar el respecto por los derechos humanos, y solo en la hipotética posibilidad de que los mismos no guarden dicho deber de protección, es que la jurisdicción internacional complementaria se apertura en cuanto la anterior haya sido insuficiente o defectuosa. Esta condición se encuentra estipulada en el artículo 46 de la CADH en donde refiere que “Para que una petición o comunicación

presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (...)”.

De lo expuesto, colegimos que tal principio dispone un mandato al Estado suscriptor, el de ser garante interno de los derechos fundamentales, siendo que solo se activaría la vía subsidiaría en caso de que este incumpla su deber funcional.

Este principio es propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y uno de los pilares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así se encuentra determinado en la sentencia de supervisión de cumplimiento del Caso “Gelmán vs Uruguay” (2013) que indica:

La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que

responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. (p.21)

El presente principio, al igual que el *pacta sunt servanda* y el de *buena fe*, constituyen las herramientas holísticas para la aplicación del control de convencionalidad, no solo porque le dan un objetivo y lo llenan de fuerza, sino también porque ordenan su aplicación y disponen una distribución funcional en su actuación.

El preámbulo del Pacto de San José (1969) indica expresamente sobre la subsidiaridad de la Convención: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (...)”.

Así también resulta relevante el tomar en cuenta la sentencia del caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” (2012), en cuyo contenido explica el deber que tiene todo Estado de proteger los derechos humanos en sede interna o mediante la justicia doméstica, citamos:

La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. (p.42)

En esa explicación, no resulta extraño lo que menciona sobre el particular Steiner (2016), quien refiere que: “debido al carácter subsidiario del sistema interamericano y la obligación de agotar los recursos efectivos del derecho interno conforme a lo establecido en la Convención Americana y el derecho internacional, resulta evidente que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad”. (p. 13)

En nuestra comprensión, los jueces domésticos tienen la posibilidad de aplicar ex – officio el control de convencionalidad, pero ello, bajo los parámetros que propondremos en el presente trabajo, los mismos que deben seguir una línea metódica dada por la misma figura y por la argumentación jurídica.

2.6. Concepto de control de convencionalidad

Quien diera origen al control de convencionalidad, y fue ex presidente de la Corte IDH, García (2012), nos menciona sobre dicho control:

El control de convencionalidad en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de largo y sólido desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde que me ocupé específicamente de este asunto, en votos particulares a los que adelante aludiré. (...) El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no congruencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza. (p.211)

Un referente sobre esta materia, el profesor y jurista Sagüés (2011) refiere sobre el origen del control de convencionalidad:

El “control de convencionalidad” establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano” y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso”, ordena a los jueces nacionales reputar invalidas a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación dada a esta por la Corte Interamericana.

Es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales. (p. 271)

El profesor Loutayf (2018), al analizar el control de convencionalidad, nos detalla sobre dicha figura:

Junto al control de constitucionalidad existe también el que se ha denominado control de convencionalidad, que tiene por finalidad analizar la compatibilidad de normas o actos de los gobernantes con los tratados, pactos o convenciones internacionales (...) si como consecuencia del control el tribunal advierte que la norma local es contraria a la convención, (...) debe inaplicar el precepto local. (p. 8).

En similar sentido, el actual presidente de la Corte IDH, Mac – Gregor (2012) menciona sobre la convencionalidad:

El “control difuso de convencionalidad” constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y las normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (corte IDH) único órgano jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José. (p. 108)

En la casuística de la Corte Internacional Regional, específicamente en el caso “Tibi vs Ecuador” (2004), se tiene una definición muy pedagógica sobre lo que llegaría a entenderse por control de convencionalidad, citamos:

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. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público - y, eventualmente, de otros agentes sociales - al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía. (p. 115)

Como se puede evidenciar, la Corte a fin de dar a comprender lo que se entendería por convencionalidad, hace una analogía respecto a la constitucionalidad en la jurisdicción de los mismos países. Dicha distinción fue efectuada en el argumento número tres del voto concurrente de Sergio García Ramírez. A propósito de lo mencionado, cabe indicar que, de la cita se infiere que la convencionalidad es implícita a la firma del Tratado de la Organización de Estados Americanos (Oblitas, 2018).

Con el objeto de no alterar el decurso de la explicación que hacen los creadores del *control de convencionalidad*, es fundamental el citar de manera explícita lo indicado por la

misma Corte IDH en el caso de “Almonacid Arellano vs Chile” (2006), dice en su párrafo más prístino sobre la figura antedicha:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 53)

Como se puede evidenciar, es justo este considerando donde se utiliza la explicación más precisa del fenómeno jurídico: control de convencionalidad. La máxima Corte Interamericana describe cuáles son los órganos jurisdiccionales nacionales que deben acatar lo dispuesto en las normas de la Convención, ya que dicho tratado fue firmado por los países signatarios.

Entonces, en suma, actualmente, y ya siendo dicha institución parte de la novedad doctrinaria y jurisprudencial, si desearíamos describir el control de convencionalidad de forma más pedagógica, indicaríamos lo que sostiene el jurista Loutayf (2018):

Junto al control de constitucionalidad existe también el que se ha denominado control de convencionalidad, que tiene por finalidad analizar la compatibilidad de norma o actos de los gobernantes con los tratados, pactos o convenciones internacionales (...)

El control de convencionalidad ha nacido como creación pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A través de él se busca que prevalezcan las convenciones sobre cualquier norma local que se les oponga, es decir, se busca afirmar la supremacía de las convenciones internacionales. (p. 94)

Entonces, el control de convencionalidad viene a ser la asimilación de los países sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH sobre las interpretaciones de las normas del Tratado denominado Convención Interamericana de Derechos Humanos. Ello obliga a que si existiera alguna norma interna que contraviniera un concepto derivado del tratado, implícitamente aquella regla sería inaplicada (Oblitas, 2018).

2.6.1. Relación entre la convencionalidad y el control constitucional

De acuerdo a lo indicado por Brewer-Carías (2014) al mencionar sobre la evolución del derecho, menciona:

En el mundo contemporáneo, el signo más característico del estado de derecho o del estado sometido al derecho, lo constituye la existencia de un sistema de control judicial de los actos estatales, el cual es aplicable no solamente a los actos administrativos, a través del control contencioso administrativo, sino también a las leyes y demás actos estatales de similar rango, mediante el sistema de justicia constitucional. (p. 9)

Justo de esa necesidad de control es que brota el control constitucional. Se requiere entonces de una justicia constitucional, la misma que debe encargarse de controlar a las leyes y los mismos actos estatales. Dicha máxima enarbola a la Constitución como norma fundamental y suprema; siendo que cualquier acto contrario a la madre de las normas se considerará como nulo para el Estado.

El tratadista García (1981) respecto a la Carta Magna mencionó:

La Constitución, en tanto que, como norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluidos el Parlamento y, por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado constitucional de derecho. (p. 18).

Lo expuesto nos hace colegir que la Constitución es la *norma normarum* del sistema legal. A su vez, cabe precisar que, la Constitución desde la antigüedad ha sabido ser el órgano de control de poder constituido, muestra de ello es Atenas, “durante el “siglo de Pericles” (siglo V a. de C.), estuvo vigente la acción denominada “graphé paranomón”, a través de la cual los ciudadanos atenienses podían actuar como acusadores contra el autor de una moción que pretendiera lesionar las leyes fundamentales de la *polis*. Un Tribunal podía anular la propuesta ilegal y castigar al autor con severas penas. (Gabino, 1997)

En igual sentido, en la edad media (1283) se creó la “justicia de Aragón”, dedicada a velar por el cumplimiento de las normas del Fuero. En la época moderna, podemos referir el caso del juez inglés Edward Coke, del año 1610, quien resolvió un caso de responsabilidad

médica prefiriendo los principios del *common law* sobre las leyes del parlamento; así también, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en cuyo artículo IV se expresa claramente sobre la supremacía constitucional; siendo que este apartado fue utilizado en el ya conocido caso “Marbury vs. Madison” del año 1803.

El control constitucional se basa en la supremacía de la Constitución Política, según el jurista Badeni (1993), la superioridad de la Carta Magna se sintetiza en los siguientes puntos:

1) la Constitución es una ley superior y fundamental; 2) un acto legislativo es ley si está de acuerdo con la Constitución; 3) si un acto legislativo está en conflicto con la Constitución, no es ley porque carece de validez jurídica; 4) los jueces solamente pueden aplicar aquellos actos que están de acuerdo a la Constitución, y; 5) los jueces deben abstenerse de aplicar los actos legislativos que no reúnan las condiciones para ser calificados como leyes. (p. 187)

El control constitucional si bien parte de dos vertientes relacionadas al ámbito geográfico (el americano que fue aplicado desde los inicios del constitucionalismo, y el europeo que fue proclamada después de la revolución francesa), a la fecha, es aplicado a nivel mundial. Para ser preciso podríamos definir el control referido de la siguiente forma:

Según se ha conceptualizado por la doctrina y la jurisprudencia, el control de constitucionalidad es una atribución conferida a un órgano del Estado para discernir si los actos de los restantes poderes públicos se ajustan al texto de la Carta Fundamental que es el eje normativo en torno al cual debe desarrollarse la actividad de los distintos departamentos de gobierno y en su caso, ordenar su adecuación. La tarea de control

procura resguardar la “soberanía constitucional”, sobre la cual reposa el sistema republicano y democrático (...) Es aquel mecanismo compuesto por aquellos medios que únicamente tienen por objeto mantener el respeto a las disposiciones constitucionales, a través de la nulidad o inaplicabilidad de las disposiciones legales contrarias a la Constitución. (Rosas, 2015, p. 127)

El control constitucional de las leyes se divide en dos: control político y control judicial, respecto a ambos detallamos a continuación.

2.6.2. El control político como vertiente del control constitucional

Un adecuado régimen que vigile la supremacía constitucional debe reunir los tres requisitos: “a) Exista una constitución rígida, b) Exista un órgano independiente de control de constitucionalidad de las normas (esto es separado y autónomo del poder legisferante), c) Los particulares cuenten con derechos subjetivos para instar el proceso de control”. (Rosas, 2015, p.128).

Tal como lo indica Badeni (1993) al mencionar a los sistemas políticos y su evolución, refiere:

Históricamente, los sistemas de control político precedieron a los sistemas judiciales, adoptándose el control político en las Constituciones francesas de 1852 y 1946. Así, en la Constitución de 1852 se estableció que todas las leyes debían ser sometidas al Senado previo a su promulgación para que se determinara su constitucionalidad. De igual

manera el Senado podía anular los actos sometidos por el gobierno o a petición de los particulares, por ser inconstitucionales. (p. 18)

El control político tiene como base el que el pueblo es el creador de las leyes, teniendo como elemento sustancial su soberanía (siendo que los jueces aplicarían las disposiciones que del pueblo emanen). Entonces, el órgano político representa al pueblo en la emisión de sus leyes. Entonces, podríamos argüir que el órgano que ejerce el control constitucional político es el Poder Legislativo; la administración de justicia sobre las leyes no la asume el Poder Judicial sino es otro órgano el que regula dicha actividad.

En Perú, el artículo 102° de la Constitución Política del Perú indican sobre la facultad del Congreso de la República respecto al control político: “1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución (...)”.

Como se puede evidenciar, la misma Constitución brinda la facultad de controlar la emisión e interpretar las normas de acuerdo a la Carta Magna al Poder Legislativo; es más, les ha brindado la majestad de evaluar los Tratados Internacionales y aprobarlos siempre y cuando tengan relación con los principios de la máxima norma.

2.6.3. El control jurisdiccional como vertiente del control constitucional

En la doctrina son diversas las clasificaciones que se efectúan por el control jurisdiccional, ella depende de los miembros participantes, o de las tradiciones que sirven de

fuerza en su aplicación. A nuestro parecer, la explicación efectuada por el profesor Sagüés (2011) sobre el sistema judicial, es la más completa:

Los sistemas judiciales o con fisonomía judicial, propuesto por el sistema norteamericano y el sistema austriaco, y que consiste en depositar en el Juez u órgano independiente, la facultad de evaluar la constitucionalidad de una norma o ley ordinaria. Este sistema puede ser especializado y no especializado, en otras palabras, de naturaleza única o diferida. (p. 118)

De naturaleza única, creación del sistema austriaco, propone la existencia de un ente que exclusivamente se encarga de evaluar la constitucionalidad de una norma o ley ordinaria (sistema especializado, v.gr. Tribunal constitucional).

De naturaleza diferida, propiamente creación del sistema norteamericano propone un control constitucional por parte de todos los jueces de la república, sea cual sea la instancia (sistema no especializado).

El control jurisdiccional de la constitución, tal como lo manifiesta Badeni (1993), “no consiste en analizar las bondades o defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste, simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución”. (p. 21)

Los mecanismos por medio de los cuales se lograría efectuar el control jurisdiccional serían dos: a) Por vía de acción o directa, y b) Por vía de excepción, indirecta o incidental. Al respecto:

El control constitucional por vía de acción o directa se realiza a través de la impugnación de la Ley supuestamente violatoria de la Constitución, en un proceso ad hoc (Proceso de Inconstitucionalidad) ante un órgano jurisdiccional competente para decretar su nulidad (instancia única). Por su parte el control constitucional por vía de excepción, indirecto o incidental, se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado, que no tiene por finalidad directa cuestionar la constitucionalidad de la ley, sino que esta se presenta en el transcurso del proceso, en el cual alguna de las partes reclama la inconstitucionalidad de una norma y del acto que esta funda y le resulta perjudicial; el control difuso, es ejemplo típico de esta forma de control constitucional. (Rosas, 2018, p. 129)

En concreto, el control jurisdiccional de la Constitución lo efectúa regularmente el mismo Poder Judicial; sobre dicho control, se puede aplicar el de origen norteamericano (difuso) o austriaco (concentrado); como también, para ejecutar tal figura se utiliza la vía directa (proceso de inconstitucionalidad), o la vía indirecta (amparo). Actualmente, podemos evidenciar que la aplicación más genérica de dicha institución está en Latinoamérica, la misma que ha sentado raíces y viene colaborando con las democracias.

2.7. Aplicación del control convencional

Ha sido necesario el explicar la funcionalidad del control constitucional, a fin de establecer un acto de analogía con el control de convencionalidad. Este último, de acuerdo al avance de la doctrina, puede ser efectuado tanto por la Corte IDH (control concentrado) como por los jueces nacionales (control difuso).

Tal como lo señala la revista mexicana *Renovación Jurisprudencial* (2016): “Según la doctrina jurisprudencial interamericana, el control concentrado de convencionalidad se encuentra a cargo de la Corte IDH y, el de carácter difuso, a cargo de las autoridades públicas de los Estados, quienes deben ejercerlo ex officio, esto es, independientemente de que las personas interesadas lo soliciten” (p.10).

Respecto a la formalidad que viene adquiriendo el control de convencionalidad, en la jurisprudencia y la doctrina, Sagües (2011) indica:

Liminarmente cabe constatar que mientras en “*Almonacid Arellano vs. Chile*” la Corte habla de “una especie de control de convencionalidad”, en “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*” alude directamente al control de convencionalidad. En la última sentencia, en síntesis, el instituto de referencia es presentado, sin más, como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (p. 275)

Entonces, podemos colegir que nos encontramos ante una institución que está yendo en ascenso de manera ascendente; e incluso, a la fecha, ya es factible diferenciar su alcance

internacional y las normas que la regulan; en consecuencia, el establecer como una especie de control (similar al de constitucionalidad) resulta lógico y oportuno.

Los profesores que se han dedicado al tema en Perú son Belaunde y Palomino (2012), ellos, en el artículo “El Control de Convencionalidad en el Perú” mencionan sobre la aplicación geográfica de dicha institución:

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Y puede darse en dos niveles:

a) Internacional: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso “La última tentación de Cristo” de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional.

b) Interno: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales. (p. 241)

Deviene en didáctica la diferenciación efectuada, ello debido a que sintetiza la forma de aplicación de la convencionalidad en sede de la Corte IDH y en fuero nacional. Claro está que, la Corte mencionada efectúa el control referido descartando normas locales (incluso las que en un Estado pueden ser constitucionales), pero que se oponen al Pacto de San José de Costa Rica; a esto, el tratadista Sagiés (2011) lo ha denominado control de convencionalidad en sede internacional, dice: “para diferenciarlo del que imperativamente asigna a los jueces domésticos en “Almonacid Arellano” y los demás fallos posteriores ya mencionados, que aluden al “control de convencionalidad” en sede nacional”. (p. 76)

En este alcance podría causar duda si el Tribunal Constitucional (al no pertenecer a la estructura del Poder Judicial) también podría (o debería) aplicar el control de convencionalidad, sobre el particular coincidimos con la doctrina cuando menciona lo siguiente:

Razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento “a fortiori”, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la Constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata de asegurar el “efecto útil” del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan” (Sagüés, 2011, p. 276)

Por tanto, es oportuno inferir que también existe la necesidad de que el propio Tribunal Constitucional pueda efectuar el control precitado, siendo el mismo un agente preponderante para ampliar los márgenes sobre los cuales se moverá el control de convencionalidad en la justicia local.

2.7.1. El control de convencionalidad concentrado

Esta institución del control convencional comenzó siendo internacional o concentrado, ya que solo fue emitida por la Corte IDH. La misma, de acuerdo a lo expresado por el profesor Mac-Gregor (2012) “obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana”. (p. 132)

De igual manera se le ha designado como control concentrado de convencionalidad, ya que examina que dicho organismo tiene “la facultad exclusiva de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. (Mac-Gregor, 2012, p. 132)

Tal pronunciamiento hace referencia a lo que indica el artículo 63 de la CADH que indica “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención”; siendo que el fallo tendría carácter “definitivo e inapelable” (art. 67, CADH); por lo que, los Estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes” (art. 68.1, CADH).

Es oportuno mencionar que, al haberse realizado una violación a los derechos fundamentales, la Corte IDH no solamente intercede mediante el Pacto de San José, sino que el control de convencionalidad alcanza a la aplicación de sus protocolos adicionales. A su vez, como hemos descrito en el Capítulo II, la responsabilidad vendría a ser de todo el Estado mas no de sus organismos o dependencias; así lo ha dejado expresado el maestro Sergio García Ramírez en su voto del caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala” (2003):

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. 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 fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

(p. 7)

En esta sentencia del año 2003, el mismo Sergio García Ramírez menciona que el control concentrado convencional practicado por la Corte IDH se asemeja al que sostienen los tribunales constitucionales, ya que estos examinan los actos impugnados a la luz de los principios y valores fundamentales; siendo que la Corte resuelve sobre la *convencionalidad* de dichos actos.

Entonces, siguiendo a Nogueira (2012), podemos determinar lo siguiente sobre el particular:

La Corte IDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos (cualquier de ellos) o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato. (p. 344)

A nuestro parecer, desde su primera sentencia, la Corte IDH ha ejercido el control de convencionalidad concentrado. El mismo, que tal como ha sido expresado oportunamente en el Capítulo II, debe ser subsidiario, ya que se ejecuta cuando todos los demás controles jurisdiccionales internos de cada nación han fallado.

2.7.2. El control de convencionalidad difuso

Dicha facultad se encuentra referida a los magistrados locales (siendo que también involucran a las demás autoridades públicas); de acuerdo al doctor Bazán (2012), se menciona sobre la facultad local:

Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los estándares interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los Derechos Fundamentales. (p. 15)

En efecto, la jurisprudencia de la misma Corte IDH en el tiempo ha ido ampliando el efecto irradiador del control de convencionalidad; si bien inicialmente esta figura era potestad sólo de los magistrados locales, actualmente cualquier autoridad pública puede ejecutar tan principio. En relación a ello, el jurista referido, Bazán (2012), indica que existen cinco sentencias de la Corte IDH que toman pronunciamiento sobre el control de convencionalidad en el derecho interno, estos son:

- i) Poder Judicial (“Caso Almonacid vs. Chile”);
- ii) Órganos del Poder Judicial (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”);
- iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México); y
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (“Caso Gelman vs. Uruguay”). (p.115)

Diríamos entonces, tal como lo ha precisado el actual presidente de la Corte IDH, Mac – Gregor (2012), que “La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía, o materia de especialización”. (p. 139)

En el tema de interpretación, tal como lo menciona Nogueira (2012) “en esta tarea de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el Tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la Corte IDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la Convención”. (p. 351)

Lo mencionado hace referencia a que los jueces al aplicar el control difuso tienen que vencer las normas internas que contravengan no solo los valores estipulados en la CADH, sino también las que se condigan con la interpretación que haya efectuado la Corte IDH en sus fallos.

En una nación donde tienen un sistema mixto (difuso y concentrado), o donde exista un sistema difuso en plenitud (Argentina), no hay dificultad para poder aplicar la interpretación de control mencionada. Pero, pongámonos en la condición en que en un país determinado el Poder Judicial no se encuentra facultado para efectuar el control constitucional (solo lo efectuarían la Corte Suprema o Sala Superior, como en el caso de Uruguay, Costa Rica y México), sería de difícil aplicación dicho control. La alternativa que brinda el tratadista Sagüés (2011) es que el Juzgado que se ve imposibilitado de aplicar el “control de convencionalidad

difuso” remita los actuados al superior que sí se encuentra en posibilidad de aplicar dicha figura. (p. 277)

Aunque, a nuestro parecer, esta composición a la fecha contravendría a la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que se imposibilita el ejercicio del *a quo* respecto al control de convencionalidad; y, aunque hay caudalosa doctrina y jurisprudencia que viene motivando el que todos los jueces y autoridades que administran justicia tengan la posibilidad de aplicar dicha figura, la alternativa brindada por el profesor mencionado es muy rescatable, sobre todo, debido a que en suelo peruano no se viene aplicando correctamente el mencionado control de convencionalidad, además, tal facultad desvirtuaría la metodología aplicativa de dicho control, como también sus efectos ocasionarían inseguridad jurídica y viciaría el objeto de tal figura.

2.8. El control de convencionalidad alcanza a todos los estados miembros

El control convencional difuso no solamente se aplica para las partes (el Estado) que intervienen en una controversia jurídica, sino que el sentido de su pronunciamiento irradia a todos los Estados que se encuentran bajo jurisdicción de la Corte IDH, al respecto el profesor Nogueira (2012) indica:

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados Partes de la Convención en cuanto expresión del Estado juez se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los Estados partes del sistema deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la “*ratio decidendi*” o

“holding” de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado “interpretación mutativa por adición”. (p. 351)

Tal posición también ha sido asumida por la misma Corte IDH, en específico por el jurista Mac – Gregor, en su voto referido al caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México” (2010), expresa:

En efecto, como lo señalamos en su momento (supra párrs. 51, 52 y 63), la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora, sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional. (p. 130)

En concreto, lo que la Corte interprete o resuelva, no solo tiene eficacia para las partes intervinientes, sino que al tratarse de un organismo que se pronuncia sobre derechos humanos, es que los efectos de sus fallos vinculan a todos los Estados miembros de la CADH. Y, en ese sentido, por convencionalidad, vinculan también a sus organismos internos o domésticos al momento de administrar justicia.

Este afán tiene sus bases en que la Corte IDH resuelve sobre derechos fundamentales, los mismos que son respetados por los Estados signatarios al firmar el Pacto de San José como mínimas condiciones de garantía sobre un Estado Constitucional de Derecho.

En el caso de Perú, el Tribunal Constitucional, en el Expediente Nro. 1277-99-AC-TC, Caso Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros, sobre indemnización a los presos inocentes por terrorismo, decidió otorgarle validez y vigencia directa al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin que medie resolución o recomendación de organismo jurisdiccional alguno; es así como abrió la reflexión acerca del carácter vinculante de los tratados internacionales, siendo que para ello sí se contaría con una fuerza normativa obligatoria.

Es más, hay autores que mencionan que la obligatoriedad va mucho más allá de las decisiones de la Corte IDH y expresan que la fuerza vinculante la tienen todos los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como lo expresara el Tribunal Constitucional peruana en el expediente Nro. 0217-2002-HC-TC (Caso de Crespo Bragayrac):

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos

suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

El autor Hitters (2012), indica que, si bien ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH, salvo obviamente, para el caso concreto; pero, por ello mismo:

Para resolver este *desiderátum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge – a nuestro modo de ver –, de tal análisis que en principio existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José). (p. 261)

A nuestro entender, de acuerdo al inciso 1) del artículo 31 de la Convención de Viena, que regula la *Buena Fe*, si un Estado firma un Tratado Internacional el mismo se vincula a proyectar sus mejores esfuerzos en cumplir los objetivos del mismo y de lo que dispongan los intérpretes autorizados del mismo.

Sin perjuicio de ello, somos de la opinión de que, habría una vinculatoriedad directa sobre las partes que son materia del conflicto, e indirecta o jurisprudencial respecto a los otros

Estados que son miembros de la Corte IDH; esto último, permitiría a los Estados ajenos, cuando existan casos análogos, puedan cumplir los referidos por el control convencional, pero también, aplicando el margen de apreciación nacional, se les permite diferenciar su caso particular cuando pueda presentarse presumiblemente como similar, pero no lo fuera en los detalles. Y, es que resulta justamente esta tesis importante, debido a que, si existe una estructura del control de convencionalidad, se inferiría qué casos podrían ser directamente análogos y cuáles no.

2.9. La forma como las cortes internas vienen aplicando el control de convencionalidad

Resulta innegable que el control de convencionalidad se viene difundiendo y aplicando en mayor sentido en los tribunales domésticos, dotando así también de legitimidad a la aplicación de esta figura internacional. Para el profesor Bazán (2012), “el hecho de que la Corte IDH cite la utilización del control mencionado en los sistemas internos resulta positivo ya que aporta al diálogo nacional y consolida la indicada institución”. (p.27)

Un ejemplo de lo descrito es el Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (2010), en cuyo tenor se mencionó sobre los principales pronunciamientos de las jurisdicciones internas referidas al control de convencionalidad, citamos:

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha señalado que: debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá - de principio - el mismo valor de la norma interpretada. (...)

El Tribunal Constitucional de Bolivia, ha señalado que: En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos

La Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, ha establecido que: en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes. (...)

El Tribunal Constitucional del Perú, ha afirmado que: La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el

Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. (...)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. (...)

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. (ps.87 y 88).

Como se puede evidenciar, el control convencional viene siendo aplicado en diferentes países, siendo su ejecución progresiva y evolutiva, ya que mientras avanza también la propia Corte IDH se nutre de mayor autoridad y de nuevas experiencias a fin de mejorar los parámetros de interpretación.

2.9.1. El control convencional en Argentina

En la jurisprudencia argentina, en el caso “Julio Lilo Mazzeo y otros” sobre recurso de casación e inconstitucionalidad (2007), donde se denunció el Decreto 1002/89 por medio del cual el Ejecutivo indulto a imputados por delitos de lesa humanidad, se refiere sobre la convencionalidad de los tratados internacionales:

De este modo, desde la óptica del *ius cogens* o derecho indisponible para todos quienes integran el concierto de las naciones, corresponde afirmar sin ambages que el decreto 1002/89 que concediera el beneficio del indulto al imputado Riveros, se encuentra viciado de nulidad. Esta consecuencia habría de imponerse para la República Argentina, aun cuando no hubiese ratificado la CADH y reconocido la correlativa competencia contenciosa de la Corte Interamericana, habida cuenta que su mera pertenencia a la comunidad internacional la intima a investigar y perseguir a los responsables de crímenes que atentan contra el derecho de gentes (argumento conforme al art. 118 de la Constitución Nacional). (p. 26)

Otro caso argentino que amerita consideración de estudio, es el referido al juicio de Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera sobre el recurso de casación (2010), donde se denuncia la inconstitucionalidad del Decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo por medio del cual

el presidente Carlos Saúl Menen había indultado las penas de reclusión y prisión interpuestas en contra de Videla y Massera. Lo curioso de este fallo es que los abogados de estas últimas personas afirmaban que el Poder Judicial no tiene competencia para declarar de oficio la inconstitucionalidad de dicho Decreto. En esa oportunidad, la Corte argentina resolvió:

Que, precisamente sobre la base de tales principios, no es posible atender la crítica que exponen los recurrentes en punto a la interpretación y aplicación por parte de la cámara a quo de la doctrina fijada por la Corte IDH en la sentencia del “Caso del Penal Miguel Castro Castro”, pues la sujeción a la pauta establecida en dicho precedente, según la cual las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino. (p. 5)

Lo que la Corte argentina aplica en este caso para dejar sin efecto el indulto concedido por el en ese entonces presidente de Argentina hacia un ex gobernante del mismo país, es el Caso “Penal Miguel Castro Castro vs Perú” en donde la Corte IDH dispone que el control convencional debe efectuarse de oficio por los juzgados domésticos.

En este extremo, hemos sido muy extensos respecto a la aplicación de la convencionalidad por la jurisprudencia argentina ya que han sido los más innovadores en la aplicación de dicho control. Téngase en cuenta que ya desde el año 2007 implementaron la vinculación de las sentencias de la Corte IDH en el caso “Mazzeo”, mientras que en el caso de

“Videla” acogieron de forma inmediata las instrucciones más recientes de la Corte Internacional en cuanto a la aplicación ex officio del axioma descrito.

2.9.2. El control convencional de Colombia

Uno de los Estados que de forma más amplia ha utilizado el control de convencionalidad es Colombia, quien por medio de su Corte Constitucional ha sabido aplicar extensivamente dicho principio, ejemplo de ello es la Sentencia C-442/11 (25/05/2011) donde se resuelve sobre la constitucionalidad de determinados artículos de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal” donde se tipifica los delitos contra el honor (presuntamente los accionante mencionaban que eran tipos penales ambiguos, y por haber regulado normas secundarias de tipos penales autónomos). La mencionada jurisdicción indicó al respecto:

En la misma línea argumentativa en años recientes en diversas decisiones de esta Corporación se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

El Caso Kimel vs Argentina de la Corte IDH fue de valiosa importancia para resolver el proceso colombiano referido. A su vez, cabe hacer mención de que ya en sentencias anteriores de la Corte Constitucional Colombiana existían pronunciamientos que seguían un

espíritu convencional (aún sin que dicha denominación cobre vida imperante), respecto a ello, tenemos la Sentencia C-228/2 del 03 de abril del 2002, la misma que indica:

En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como quiera que según el artículo 93 constitucional, “los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es necesario que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A ello se suman los factores internacionales mencionados en el apartado 4.2. de esta providencia que reflejan una concepción amplia de los derechos de las víctimas y los perjudicados.

En la Sentencia C-228/2 se denunció que la Ley 600 del 2000 (Código de Procedimiento Penal) era abiertamente inconstitucional ya que no respetaba el principio de igualdad en lo que respecta al acceso de justicia, ya que le brinda la facultad al sindicado de actuar libremente en la defensa de su causa, pero al perjudicado o denunciante le obliga a actuar por medio de un abogado. Finalmente, la Corte dio la razón a la parte demandante brindando paridad de facultades a las partes.

2.9.3. El control convencional de México

En esta lista de países no podría faltar México, no solamente porque el creador del control de convencionalidad viene de ese Estado, sino también porque doctrinariamente es

donde más se viene discutiendo sobre el referido sistema. Los precedentes de la Corte IDH que más ha influido en las actuales decisiones de la Suprema Corte de Justicia de México provienen de los años 2009 y 2010, son cuatro los mismos: i) Caso “Radilla Pacheco vs México”, ii) Caso “Fernández Ortega y otros vs México”, iii) Caso “Rosendo Cantú y otra vs México”, y iv) Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs México”.

El caso “Radilla Pacheco” resulta muy importante en México debido a que produjo actuaciones judiciales y políticas del Estado mencionado a fin de ejecutar con claridad dicho fallo y a su vez perfeccionar la interpretación sobre el control de convencionalidad. El profesor Bazán (2012) nos comenta:

Una vez dictada la sentencia mencionada, en el año 2010 el entonces ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH (...) aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de setiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada. (p. 115)

Dicha desestimación generó el Expte. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, en apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. “Varios” 912/2010 dentro del Expte. “Varios” 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

i) Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte, son obligatorias en sus términos para el Poder Judicial de la Federación.

ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto y, en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas. (p.29)

Unido a lo expuesto, el jurista mencionado nos precisa que en México ha quedado establecido que el tipo de interpretación por parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos:

i) *Interpretación conforme el sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

ii) *Interpretación conforme el sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir

aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.* (p. 30)

Resulta innegable que la aclaración proporcionada, la jurisprudencia evacuada con posterioridad, y la amplia doctrina que se sostiene en México sobre la aplicación de dicho sistema, ha conllevado a que tengan mayor precisión y progreso sobre la ejecución de esta nueva institución. Asimismo, cabe resaltar que el artículo 1 de la Constitución de dicho Estado refiere sobre los Tratados: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

A entender del magistrado Mac – Gregor (2012), el segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución mencionada “se trata de la constitucionalización de un criterio o principio hermenéutico específico de los Derechos Fundamentales, que de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte en los últimos años”. (p.126)

Entonces, podríamos decir que el control convencional en su función interpretativa se encuentra incluso nombrada en la misma Constitución de los Estados Mexicanos, lo cual pone en realce la formalización que hacen en dicho país sobre la institución bajo estudio.

2.10. Fundamento jurídico del control de convencionalidad

El doctor Belaunde (2012) en el artículo “El Control de Convencionalidad en el Perú”, efectuó una evaluación sobre la aplicación del principio mencionado en la jurisdicción peruana, la sumilla de su trabajo fue la siguiente: “El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos”. El aporte de tales personas al desarrollo del referido control lo consignaron en la siguiente conclusión:

El control de convencionalidad al que nos hemos referido, es un principio que no está incluido en ninguno de los tratados que en materia de derechos humanos rige nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero es indudable que se desprende de él. En efecto, aceptar la competencia contenciosa de la Corte, reconocer que esta tiene facultades jurisdiccionales, que emite sentencias que son obligatorias para los Estados que son parte del Sistema y que no obliguen o no se apliquen internamente, es un sinsentido. Aceptado que este control existe, 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. (p. 241)

Si bien algunos alcances de tal comentario ya han sido superados con amplitud a la fecha, tal como se puede percibir, el referido letrado es de la idea de que, si bien no está

regulado el control mencionado, su aplicación se vuelve necesaria e imperante. Así también, lo menciona González (2014) al dar a entender que, si bien no existe un dispositivo taxativo, es un tema de interpretación el que se efectúa:

En este punto es relevante recordar lo explicado por García Ramírez en el sentido de que “el derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo””, por lo que los tribunales internos, cuando realicen el control de convencionalidad, están llamados a realizar sus propias interpretaciones de la Convención de conformidad con su derecho doméstico y atendiendo a las realidades de cada caso particular y de cada sociedad. (p. 32)

De acuerdo a lo explicado por Sagiés (2011) en el artículo “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, sobre las razones jurídicas del control de convencionalidad, menciona lo siguiente:

Las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son tres y ambas de derecho internacional: i) Las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; ii) no es posible alegar el derecho interno para no incumplirlas, conforme el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados; iii) a ello se suma el principio de “efecto útil” de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir lo pactado. Aquí conviene recordar dos temas. El primero es que, para muchos, estas reglas significan una seria restricción a la soberanía de los Estados. Sobre el punto, cabe tener presente, sin embargo, que en la cuna misma de la doctrina de la soberanía (estamos hablando del siglo XVI), Jean Bodin, que la describe y enuncia en sus rasgos esenciales, advertía

que la soberanía, aún entendida como “poder absoluto y perpetuo” del Estado, de todos modos admitía como tope que el príncipe soberano estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un Rey, que ser perjuro. El segundo comentario es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite en su artículo 47 al Estado – como excepción – alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo hubiera sido viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrar el tratado y ello afectare a una norma fundamental de ese derecho interno. (p. 275)

El profesor Sagües también analiza la ejecución de dicho principio como un tema interpretativo antes que de normativización exacta. A su vez, dicho autor, adelanta parte de nuestra propuesta en el trabajo, al referirse a las condiciones que deben existir para poder aplicar el control de convencionalidad. Es que resulta necesario el que los Magistrados de la Corte IDH tomen en cuenta la cultura del país para resolver, su sistema legal y la forma en que se estructuran sus principios jurídicos. Claro está, que la sola invocación de la soberanía, por sí misma, no es justificante para evadir la aplicación del control de convencionalidad, pero si esta se mantiene posicionada bajo la demostración de principios sociales y jurídicos que se verían afectados aplicando el control precitado, se daría así un parámetro excepción a la regla convencional.

El artículo 2 de la CADH nos dirige la interpretación del control de convencionalidad, citamos: “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 esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Tal como lo menciona Bazán (2012), “la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra”. (p. 21)

Ejemplo de lo indicado es el fallo de la Corte IDH, en el Caso Castillo Petrucci y otros vs Perú (30 de mayo de 1999), donde se menciona literalmente:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención. (p.64)

Es en ese sentido que, la Corte Internacional en el caso “Salvador Chiriboga vs Ecuador” (2008) en donde de forma más didáctica aplica el principio de Adecuación normativa.

Entonces, el fundamento jurídico del control de convencionalidad lo encontramos en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; es cierto que lo efectuamos mediante una interpretación post suscripción de la Convención Americana de Derechos

Humanos, pero es legítima la misma ya que no varía o perjudica la buena fe o la legitimidad de los países suscribientes, es más, ampara su *mutatis mutandis* sobre la razón de tratarse de derechos humanos los que están siendo evaluados mediante dicha normatividad.

2.11. Los estándares para aplicar el control de convencionalidad

Este es un punto importante del trabajo, ya que en esto se basa nuestra inicial propuesta de encontrar una estructura sobre la aplicación del control de convencionalidad; al respecto, Bazán (2012) refiere:

El material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el corpus iuris básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH. En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material (p. 31)

En efecto, el estándar para la misma Corte IDH es la legislación del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así lo ha dejado expresado el jurista García Ramírez en su voto sobre el caso “trabajadores cesados del Congreso vs Perú” (2006), cito:

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, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos. (p.66)

En igual sentido, la misma Corte IDH en la opinión consultiva OC-16/99 (1999) ha mencionado:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). (...) Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (p.68)

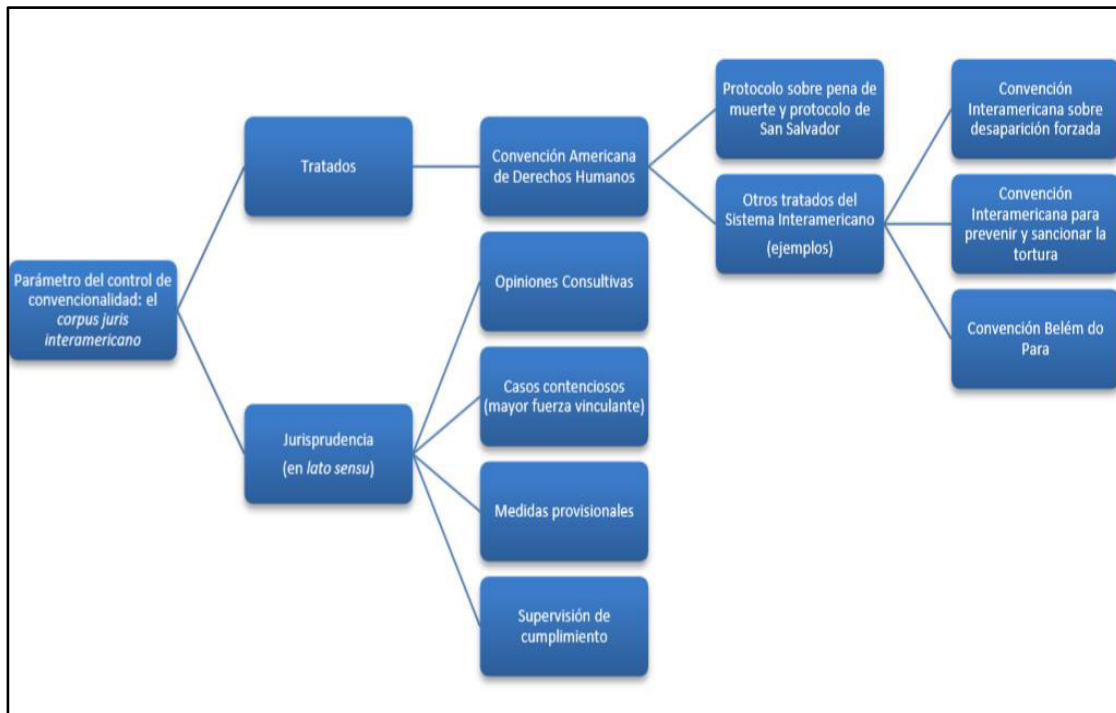
Entonces, el estándar de la Corte IDH es su facultad interpretativa sobre las normas que pertenecen al SIDH. Asimismo, los jueces domésticos al aplicar el control difuso constitucional también ejecutan un estándar creado por el Tribunal internacional mencionado; sobre ello, el jurista Mac – Gregor (2012):

El “control difuso constitucional” se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho Tribunal Internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales. (p. 139)

Si bien el estándar (parámetro) de la Corte IDH lo constituye la misma jurisprudencia de este Tribunal y las normas provenientes de los Tratados sobre derechos humanos (como también las normas de la ONU sobre tal materia), el estándar para la aplicación del control convencional difuso tiene particularidades a fin de que sea comprendido, debido a ello lo estudiaremos en el siguiente apartado.

Para poder darle mayor comprensión, en la figura 1 que a continuación detallaremos, vamos a demostrar de forma didáctica lo parámetros de control de convencionalidad que pueden darse, citamos:

Figura 1
Parámetros del control de convencionalidad



Nota. Adaptado de Control Convencional por Gonzáles (2014, p. 30).

Podemos ver que los parámetros del control de convencionalidad están constituidos por los Tratados y por la propia jurisprudencia de tal organismo; ello, se aplica sin perjuicio de la propuesta de nuestro trabajo, el cual consiste en brindar una estructura sobre la aplicación del control de convencionalidad; es decir, si bien existen estos parámetros, a su vez hay condiciones de argumentación para aplicar tal mecanismo.

El control de convencionalidad formalmente tendría los parámetros mencionados, pero para su aplicación se requiere condiciones materiales y jurídicas, preceptos que hagan certera su ejecución, justo de ello trataremos en los siguientes capítulos.

2.11.1. El bloque de constitucionalidad como estándar del control convencional

El denominado bloque constitucional es un instrumento de interpretación para la aplicación del control convencional. Demás está indicar que el referido bloque se encuentra ligado no solo al control constitucional sino también convencional; aunque su aplicación se efectúa en diferentes niveles.

Para Uprimny (2006), el bloque constitucional guarda relación con aquellas normas de relevancia constitucional que no se encuentran expresadas explícitamente en el texto Constitucional, indica al respecto: “que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”. (p. 25)

Para definir de una forma más didáctica al “bloque constitucional”, la profesora chilena Núñez (2015) citando a Nogueira menciona sobre la institución antedicha:

Así, el bloque de constitucionalidad – a grandes rasgos – estaría constituido por: a) los derechos que la carta fundamental explicita sin taxatividad; b) los que asegura el derecho internacional por medio de los principios de *ius cogens*; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional consuetudinario. (p. 158)

Si bien la definición expuesta resulta ilustrativa, el doctor Rosas (2015) incluye un símil comparativo aún más pedagógico sobre el contenido de tal figura:

La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto Constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe V. Wade* de 1973. Igualmente, en Francia, es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las Constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a los derechos, que tienen rango constitucional. (p. 76)

En ese sentido, podemos indicar que los derechos constitucionales no se satisfacen en el texto de la Constitución, el bloque constitucional faculta a que los mismos sean más amplios; y, ello puede deberse a varios factores que sí se encuentran expresados en la Constitución, por ejemplo cuando un artículo de la misma indica que los Tratados sobre Derechos Humanos tienen rango Constitucional, o cuando existe un dispositivo que menciona que los derechos constitucionales pueden ser más de los que se enumera en esa Carta Magna. Justo esa definición y aprobación posterior de un nuevo valor constitucional lo brinda la jurisprudencia por medio del control constitucional o control convencional.

El control de convencionalidad tiene relación con el bloque constitucional ya que este último permite que ingresen las normas del derecho internacional al derecho doméstico, y ello se debe a que les otorga rango constitucional o las utiliza como referencia interpretativa; cuando por plano paralelo, el control de convencionalidad usa esas normas del bloque como parámetro en los casos concretos. A entender de Núñez (2015) la relación entre ambas instituciones se da de la siguiente manera:

La primera figura (bloque) responde a la interrogante de ¿cómo incorporo en mi interpretación de las normas los derechos consagrados en tratados internacionales? y la segunda (control) a ¿cómo aplico correctamente los estándares internacionales incorporados en cada caso concreto?”. De esta forma, en aquellos países donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional, la vinculación es clara: los derechos humanos consagrados en tratados internacionales pasan a ser parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, por lo que la magistratura nacional al realizar control de constitucionalidad también realiza control de convencionalidad. (p. 159)

En este aspecto, coincidimos con lo pronunciado por el investigador y jurista Mac – Gregor (2012), quien indica: “Entre los países de nuestra región que expresamente adoptan este canon interpretativo explícito en una norma constitucional se encuentran Bolivia, Colombia, Perú, y, recientemente, México, con independencia de que varios tribunales y cortes latinoamericanas lo aplican en su jurisprudencia”. (p. 123)

Entonces, el bloque de constitucionalidad trasciende a la taxatividad de la Constitución de cada país, siendo que la misma se traslada al *ius cogens*, a los derechos humanos y humanitarios, y al derecho internacional consuetudinario.

2.11.2. Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar

Los precedentes que nos ha dejado la Corte IDH, y su jurisprudencia a través del tiempo, ha ido motivando e incentivando una matriz importante para el derecho Internacional de los Derechos Humanos en su totalidad; y, ello no solamente debido a que los Estados están obligados a cumplir las sentencias condenatorias de la mencionada instancia supranacional, sino que, a su vez, se deben conminar a respetar sus interpretaciones para los terceros países.

Y, justamente por ello es que demarcamos que los precedentes del Tribunal Internacional constituyen un estándar vinculante para la misma Corte y para los países miembros.

El caso que destila un criterio jurisprudencial es el de “Almonacid Arellano vs Chile” (2006), en donde expresamente marca un precedente o línea interpretativa de cómo deben aplicar el control de convencionalidad:

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (p. 53)

Si bien tradicionalmente se entiende que el Juez solo aplica el derecho, mas no lo crea, ya que el papel de originar normas se encuentra supeditada al Poder Legislativo; pero, modernamente se le ha brindado la facultad a los jueces de crear derecho cada vez que efectúan hermenéutica sobre una norma; siendo que esas oportunidades son de carácter muy especial, ya que resulta imperiosa la necesidad de tener un criterio referente; justamente ello es el caso precitado para el control de convencionalidad.

Tal como lo menciona Arévalo (2016) “Es un hecho que la aceptación del carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH es una muestra de la progresividad en la interacción del derecho interamericano y los derechos internos”. (p. 101)

Es que,, justamente es esa la concepción que debe existir al aceptar los precedentes y recomendaciones que emite la Corte IDH; aunque, como es materia de nuestro estudio, también dicha Corte y los demás órganos del SIDH deben comprender que no se puede regular sobre temas culturales o de idiosincrasia.

Siguiendo lo que indica la doctrina, podemos mencionar que las sentencias de la Corte IDH podrían clasificarse de acuerdo a la intensidad que ellas contengan; intensidad dirigida a los Estados que forman parte de la CADH; por ejemplo: i) primero, acatar las interpretaciones en todo nivel de las sentencias condenatorias para los Estados partes; ii) segundo, el deber de cumplir con los estándares vinculantes cuando hayan sido establecidos directamente en un caso generado una suerte de “efecto espejo” para otros Estados que mantienen coyunturas similares (aún siendo que no son parte); y, iii) tercero, con la facultad de seguir los estándares jurisprudenciales de las sentencias para los terceros países en general (denominado poder/deber).

EL objetivo de proponer a la jurisprudencia como un estándar se encuentra relacionado a que la misma Corte IDH se encuentre condicionada por sus propios fallos, y a su vez que los tribunales domésticos pueden tener como corsé interpretativo las directrices del máximo Tribunal Interamericano. Aunque, cabe precisar que los estándares pueden variar en el tiempo (bajo incluso el *mutatis mutandis*), siendo que el fin debe ser el proteger en mejor medida los derechos humanos; para ello es conocido que debería aplicar la técnica de argumentación correspondiente.

En el caso “Gelman vs Uruguay” (2013), la Corte IDH discrimina de forma muy pedagógica la aplicación del control de convencionalidad como un instrumento no solamente para el derecho sino para la hermenéutica misma, cito:

Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. (p. 19)

De manera general podríamos indicar que el estándar genérico para la aplicación del control de convencionalidad es el de carácter normativo y el de fin interpretativo, ya que en ambos se introduce vinculación para los países suscriptores. Asimismo, de acuerdo a la intensidad de los pronunciamientos, los precedentes constituyen un estándar, siendo que los mismos pueden verse modificados en el tiempo de acuerdo al estudio casuístico y contando con una adecuada motivación.

2.12. La eficacia jurídica de los fallos de la corte interamericana de derechos humanos

Resulta alentador lo que el profesor Rodríguez (1997) indica sobre la ejecución de las sentencias de la Corte IDH, menciona:

La eficacia jurídica de las sentencias de los tribunales en general, es la que permite que una corte alcance prestigio y credibilidad. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”), por ser un tribunal internacional de Única instancia, mayor necesidad hay de que su jurisprudencia sea objetiva y suficientemente clara para que sus efectos jurídicos sean respetados por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y sirvan de guía y aporte claro y valioso como directrices interpretativas de ese tratado internacional. (p. 7)

La eficacia jurídica proviene de la ejecución misma del fallo, sobre esta última institución se indica que “es la efectividad o cumplimiento de una sentencia o fallo de juez o tribunal competente”. (Alcántara, 2015, p. 268)

Asimismo, sobre la ejecución se determina que es la “última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del juez o tribunal competente”. (Cueva, 2006, p. 562)

Innegablemente que, cuando se analiza la ejecución de los fallos de la Corte IDH sobre los países que son sancionados, analizamos implícitamente la relación que existe entre el

derecho internacional y el derecho interno. Sobre el particular, en la CADH, específicamente en el artículo 67 y el artículo 68, cito:

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Aquel Estado que haya firmado la CADH se encuentra obligado a cumplir los fallos de la Corte IDH que sobre el mismo recaigan, como también de modificar su legislación y el proceder interpretativo de los jueces a fin de armonizarlo con lo convencionalmente aprobado.

De acuerdo a la doctrina, las sentencias de la Corte IDH se pueden clasificar en atención a los efectos que la misma puede tener, ya sea como cosa interpretada o cosa juzgada, aludimos:

Existe un doble efecto de las sentencias de la Corte Interamericana: el de cosa interpretada que tiene una eficacia erga omnes y el de cosa juzgada que únicamente tiene efectos inter partes. El efecto del primer caso (cosa interpretada) puede implicar

que la inobservancia, por parte de un tercer Estado, del contenido de una sentencia que haya declarado una violación a la Convención Americana contra otro Estado, le puede hacer incurrir a aquel en responsabilidad internacional porque a futuro el individuo que considere que se le ha violado su derecho puede acudir ante los órganos del sistema interamericano, y en su caso, utilizar el antecedente del Estado condenado con muchas probabilidades de éxito. En el caso de la cosa juzgada, los efectos, evidentemente, solo afectan a las partes vinculadas en la litis. Entre esas “partes” se debe incluir al reclamante particular que no es parte técnicamente hablando en el sentido pleno del término. (Rescia, 1997, p. 16)

Las sentencias que emita la Corte IDH siempre van a guardar relación con la condición que sostiene el mismo Tribunal, es decir, dichos fallos si bien provienen de un órgano jurisdiccional, a su vez debe tenerse en cuenta que es un órgano internacional. Ello ha acarreado esa clásica definición de que “la sentencia internacional es jurídicamente obligatoria; pero nunca es ejecutiva”. (Rescia, 1997, p. 18)

Respecto a lo mencionado, sobre el que la sentencia internacional no sería ejecutiva, se desarrolla de la siguiente manera:

Las razones que explican esa carencia de ejecutividad son básicamente dos: de acuerdo con la teoría general del Derecho debe haber una distinción entre el papel del juez y el del agente ejecutivo, y como en la sociedad internacional no existe un poder ejecutivo centralizado, no pueden darse potestades ejecutivas a los jueces. La segunda razón la resume Giardina en el sentido de que si se considera que la limitación de la libertad de los Estados, operada por la suscripción de un compromiso internacional debe ser

interpretada restrictivamente, cabría concluir que debería dejarse a los Estados un poder discrecional en cuanto a los medios disponibles para asegurar la ejecución de la sentencia. (Rescia, 1997, p. 18)

Si bien se indica que no tiene ejecutoriedad debido al requisito esencial de tener un órgano especializado sobre ello, la Corte ha diseñado el sistema de supervisión, como también debemos resaltar que existe el compromiso por el Estados al firmar la CADH, cuyo compromiso fue cumplir lo que resuelva el honorable Tribunal. A pesar de ello, cabe referir que los Estados progresivamente han ido diseñando organismos y métodos domésticos a fin de ejecutar los fallos.

Resulta importante mencionar que la recomendación dada en la última cita deviene en muy trascendente para nuestra investigación, ya que, a nuestro parecer en determinados casos, específicamente donde se afecte valores sociales o principios culturales, se debe dejar al Estado un poder discrecional sobre la utilización de sus mecanismos en ejecutar una sentencia.

2.13. Mecanismos internos para ejecutar los fallos de la corte interamericana de derechos humanos

Los Estados firmantes de la CADH en el tiempo han creado mecanismos de ejecución de los fallos de la Corte IDH, los mismos los podríamos agrupar como institucionales o legales. Para el jurista Rodríguez (1997) la ejecución regional de las sentencias del Tribunal Internacional se encuentra constituido en el inciso 2) del artículo 68 de la CADH, para mejor detalle lo citamos:

El artículo 68.2 brinda la posibilidad a las víctimas o a sus familiares, de utilizar como último recurso, el acceso al derecho interno para ejecutar el fallo de la Corte mediante el procedimiento interno vigente en el Estado demandado de ejecución de sentencias contra el Estado. Quiere decir que la Convención hace una remisión expresa directa al derecho interno para que, sin necesidad de tener que crear una ley procesal especial, se ejecute el fallo indemnizatorio emitido. Si bien es cierto que las legislaciones procesales internas suelen indicar expresamente cuales son las sentencias o documentos con carácter ejecutivo, es lo cierto que la Convención, una vez que ha sido ratificada, tiene la virtud de convertirse en Derecho Interno exigible automáticamente, y ello no sólo es en relación con las normas sustantivas, sino también con las normas procesales. Precisamente, el artículo 68.2 es una especie de remisión a las normas procesales internas de ejecución de sentencias contra el Estado para darle eficacia Jurídica a los fallos de la Corte Interamericana. (p. 31)

Aunque lo citado en el inciso 2 del artículo 68 guarda referencia a las reparaciones (indemnizaciones), siendo un problema el poder aplicar el mismo cuando la máxima Corte dispone efectuar actos de investigación o poner en libertad a una persona.

Los países de Latinoamérica han ido evolucionando una legislación pertinente en cada Estado para poder ejecutar las sentencias de la Corte IDH; tanto así también, han ido viendo la forma de como efectuar que coincidan sus estructurales institucionales para ello. No obstante, falta repotenciar ese aspecto, ya que en muchas ocasiones la falta de claridad sobre la ejecución de los fallos conlleva a que tengan que relegarse o suspenderse el ejercicio inmediato de los derechos fundamentales.

Entonces, podíamos indicar que las sentencias de la Corte IDH utilizan diferentes mecanismos para poder tener eficacia en los Estados firmantes, estos pueden ser: Ejecución gracias a mecanismos institucionales, ejecución gracias a mecanismos legales, ejecución gracias a la jurisprudencia, ejecución gracias a las propias disposiciones de la Corte IDH.

En cuanto a los mecanismos institucionales, cabe referir al caso de Perú, en el cual se tiene la creación del Decreto Legislativo Nro. 1068 (Ley que crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado), dicho organismo aglutina todas las instituciones públicas, y cuando no se establezca la dependencia u organismo para poder determinar quién se encargará de la indemnización dispuesta por el Tribunal Internacional, sería justamente el Consejo regulado por la norma precitada el que oriente el cumplimiento. Asimismo, en México (en los años 1997 y 2003) desde el Poder Ejecutivo se creó las Comisiones de Trabajo; asimismo, en dicho país se llegó a expedir el Decreto Presidencial del 29 de agosto del 2008 que aprobó el Programa Nacional de Derechos Humanos 2008 – 2012 siendo su función el implementar el seguimiento de las recomendaciones y observaciones consultivas internacionales. En Colombia, el responsable de dicha coordinación es al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Con respecto a los mecanismos legales, tenemos como ejemplo en Perú la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado (2004) donde se fijaba un procedimiento para cualquier tema indemnizatorio proveniente de un pronunciamiento de la Corte IDH o de la CIDH; aunque, como se evidencia dicha norma regula solo lo correspondiente al tema de indemnizaciones.

A su vez, de acuerdo a lo que se ha recogido de la doctrina, en el país de Colombia, mediante la Ley Nro. 288 (1996) se establecieron instrumentos para la indemnización a las

víctimas de derechos humanos; este país cuenta con un marco legal para el cumplimiento de las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la CIDH (Decreto 1818 de 1998), aunque en el mismo no se ha comprendido a las decisiones de la Corte IDH. En cuanto a Argentina (la Corte ha mencionado que si fuera un estado federado quien responde es el gobierno nacional), se han utilizado mayormente la solución amistosa, y cuando corresponde el reconocimiento de la responsabilidad internacional.

En Chile tampoco existiría una legislación que regule sobre el cumplimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH. En cuanto a Perú, el caso es muy particular, ello debido a que es el Estado con mayor cantidad de sentencias en supervisión ante la Corte IDH, ello debido a las acciones que se han impulsado contra el mismo; y, a pesar de que se cuente con un marco legal que regula la ejecución de las sentencias, hay otra suerte de factores (por ejemplo, lo políticos y de orden jurisdiccional) que limitan el ejercicio natural del cumplimiento de resoluciones.

En Perú se cuenta con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 donde se precisa que los derechos constitucionales deben interpretarse en consonancia con los tratados de derechos humanos, este dispositivo en su interpretación nos vincula con los fallos de la Corte (así lo dicen las Sentencia del TC Nos 218-2002HC/TC, 00026-2004AI/TC, 04587-2004-AA/TC); pero también se cuenta con la Ley Nro. 27775 (2002) – Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencia emitidas por tribunales supranacionales –; dicha norma precisa que el fallo de la Corte IDH será remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores y este al Poder Judicial con el objeto mencionado (incluso el 48 Juzgado Civil de Lima tiene competencia exclusiva para dicho fin).

Los fallos del Tribunal Supremo también pueden ser efectuados por jurisprudencia, en el caso de México evidenciamos que desde la expedición del caso “Castañeda Guzmán vs México” y “Radilla Pacheco vs México” se han venido aplicando los criterios asumidos por el SIDH. En igual sentido se ha venido dando en otros países, tal como lo hemos descritos al analizar sobre el control convencional.

Cabe hacer un hincapié y estudiar, si los pronunciamientos de la CIDH son vinculantes, teniendo en cuenta que dicho organismo no goza de jerarquía constitucional en sentido estricto, y por lo tanto no dicta sentencias como la Corte IDH; siendo que dicha entidad produce Informes, Conclusiones y Recomendaciones que mantienen un notorio valor moral, jurídico y político (aunque al calificar las demandas su función es caso jurisdiccional) – aunque de acuerdo al derecho internacional, los pronunciamientos de cualquiera de sus órganos produce efectos vinculantes indirectos –. Al respecto entonces, a nuestro parecer no se le puede negar la vinculación a una opinión, ya que un juez interno no puede desautorizar una recomendación sobre derechos humanos de un órgano del SIDH, ello contraviene el Tratado firmado y los principios descritos en el presente trabajo (buena fe); aunque lo descrito obliga a que la CIDH efectúe una labor racional sobre sus requerimientos y ponderada sobre su exigencia a la nacional soberana.

La ejecución de las sentencias de la Corte IDH, pueden contraer las siguientes acciones de forma directa: Medidas de restitución, medidas de reparación, medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, garantías de no repetición.

En concreto, existe poco interés en los estados a fin de poder proporcionar las herramientas legales e institucionales para efectivizar los fallos del Tribunal Internacional,

siendo incluso que en muchas oportunidades dichos pronunciamientos se han visto tergiversados.

2.14. El margen de apreciación nacional

2.14.1. La ejecución de las sentencias en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Existen tres sistemas de protección de derecho humanos: el europeo, el interamericano y el africano. El primero de ellos es el más antiguo, teniendo su nacimiento en el Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres (1949) que fue firmado por diez Estados; actualmente, la institución mencionada cuenta con cuarenta y siete (47) Estados que lo conforman, y tiene cinco observadores internacionales: Estados Unidos, Canadá, Japón, México y la Santa sede.

En 1950 se origina su Carta matriz, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; norma que en 1953 entró en vigencia. Con posterioridad, en 1998, entró en vigor el Protocolo número 11 de dicho Convenio. Si bien anteriormente existían los tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia; a partir de aquel año, existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derecho Humanos, ello debido a que desapareció la Comisión.

El TEDH en su página web brinda exigida información sobre los requisitos a fin de que sea admitida una demanda, ello obedece a que una vez desactivada la Comisión la Corte Internacional Europea comenzó a tener un exceso de carga laboral, ejemplo de ello es que sólo en el 2009 el Tribunal recibió 57100 casos, los que representarían una cifra mayor a todos los

asuntos que resolvió en sus primeros cuarenta años de funcionamiento, que fue de 45000 (1959-2008), tal como lo indica Mac - Gregor. (2012)

Al año 2010 los casos ascendieron a 119300, de los cuales más del 50% se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania. El TEDH en una publicación denominada “Guía práctica sobre inadmisibilidad” menciona que una de las principales condiciones para que se admita una demanda es que “los demandantes deber haber agotado las vías de recurso que les ofrece su Derecho interno y presentarla en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva” (CEDH, 2019).

La Corte menciona que en los tres últimos años el número de demandas ingresadas ha descendido casi un cincuenta por ciento (50%); a su vez, precisa que casi el noventa y dos por ciento (92%) de las demandas incurren en motivo de inadmisión y por tanto serán desestimadas por el Tribunal (se conoce que la tarea de calificar la admisión la efectúan los juristas y jueces), (CEDH, 2019).

La cifra antedicha nos hace presumir que la mayoría de personas que acuden a la vía internacional desconocen los requisitos de admisibilidad, limitando así, a nuestro entender, la tutela jurisdiccional efectiva. Aunque cabe destacar que existen actualmente programas y nutrida información respecto a cómo se debe ejercer el derecho a accionar correctamente ante dicha sede.

Gran importancia para la funcionalidad del TEDH ha tenido el Protocolo número 14 del Convenio (01/06/2010), tal como lo precisa Mac - Gregor (2012), ya que si bien este organismo se encuentra compuesto por 47 jueces (uno por cada Estado integrante del Consejo

de Europa), en atención al acuerdo referido los mismos son nombrados por un periodo de nueve años. A su vez, cabe indicar que dicho pacto ha sido ratificado recientemente por Rusia (que era el único país faltante de dicho acto). Posteriormente han existido otros estudios o concordias a fin de brindarle mayor agilidad a los trámites de la corte y fortalecer su fuerza en los países firmantes, ejemplo de ello es la “Declaración de Interlaken” (el mismo que tiene proyección hasta el 2019).

Si bien el TEDH obedece a una realidad distinta a la que sirve de jurisdicción a la Corte IDH, tienen en lo general una similitud inexorable, el administrar justicia sobre derechos humanos. Respecto a ambas instituciones, el doctor Rodríguez (1997) indica:

Precisamente, en este aspecto, existe una gran diferencia entre el sistema de la Convención Americana y el del Convenio Europeo en cuanto a los efectos de las sentencias que emiten sus tribunales, ya que el artículo 63.1 de la Convención Americana tiene una competencia mucho más amplia y proteccionista en favor de la víctima de una violación de derechos humanos que su homólogo del Convenio Europeo, que sería el artículo 50. Mientras este último establece la necesidad de otorgarle a la parte lesionada una “satisfacción equitativa” si el derecho interno de la alta parte contratante “solo permite de manera imperfecta borrar las consecuencias” de una decisión o medida tomada por ese Estado que sea contraria al Convenio Europeo, el artículo 63.1 de la Convención Americana es mucho más contundente en términos de reparación, ya que otorga facultad a la Corte Interamericana para que, en los casos en que determine violaciones a dicha convención, pueda disponer “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. (p. 14)

Gran importancia entre ambas instancias también reside en la vinculación que sostienen sus sentencias, y la utilidad que la misma brinda para las víctimas, al respecto el autor precitado indica:

Precisamente, la característica diferenciadora de las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana con las del Tribunal Europeo es que su naturaleza no sea únicamente declarativa, sino que tiene efectos ejecutorios. En otras palabras, estas sentencias son ejecutables por sí mismas. La misma Corte Interamericana ha considerado que el efecto de sus sentencias es que sean “obligatorias, definitivas y ejecutables según los artículos 63, 67 y 68 de la Convención”.

En cambio, en el sistema europeo de protección de derechos humanos, es innegable la falta de ejecutividad directa de las sentencias del Tribunal europeo y así lo ha manifestado el mismo tribunal en el caso MARCKX contra Bélgica al sostener que “la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa”. Esa falta de ejecutividad ha provocado que no exista acuerdo sobre los efectos que se derivan de esas sentencias declarativas, ya que cierto sector doctrinal considera que al ser una sentencia meramente declarativa no impone al Estado interesado la obligación de dar eficacia interna a la misma y que, por otra parte, el artículo 50 del Convenio Europeo establece un mecanismo de reparación sustitutoria. El mismo Tribunal europeo, en el caso MARCKX, sostuvo que las sentencias del mismo “dejan al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53”. (Rescia, 1997, p. 22)

Estas últimas comparaciones son de mucha utilidad para nuestra investigación, ya que un alcance de nuestro trabajo, se ciñe a que si bien existe obligatoriedad de cumplimiento por

parte de las sentencias de la Corte IDH, pero en determinados casos (y siempre que no se afecte de forma objetiva y directa derechos constitucionales) se debe utilizar el margen de apreciación nacional al efectuar el control de convencionalidad, cuya opción residiría en guardar referencia del TEDH quien brinda al Estado la opción de utilizar los mecanismos internos correspondientes para brindar un cumplimiento que no viole un derecho humano pero que a su vez ratifique su idiosincrasia cultural.

2.14.2. El margen de apreciación nacional en el control convencional

Brindamos un ítem especial a este apartado, ya que el margen de apreciación nacional constituye un desafío para la aplicación del control de convencionalidad; y, a su vez, es acaso también, su fórmula complementaria que le ayuda a evolucionar. Adelantándonos a nuestra posición, el margen mencionado, debería constituirse al mismo tiempo en un estándar mucho más apreciado y definido por la misma Corte IDH, y por los demás órganos del SIDH.

2.14.2.1. Origen y concepto del margen de apreciación nacional.

Actualmente, no hay país que justifique el incumplimiento de un Convenio sólo en el argumento de su soberanía, al respecto García (2017) menciona: “la tesis que se refuta parte del error de creer que el poder soberano no admite límites: una “soberanía irrestricta” o “impermeabilidad a toda interferencia externa”, constitutiva de una especie de “inmunidad” jurisdiccional. Tal cosa no existe”. (p. 118)

En esa intención es que se crea en la Corte IDH el control convencional, pero un tipo de excepción (y complementariedad en su aplicación) sería el margen de apreciación nacional; sobre esta última institución, acogemos el concepto de Barbosa (2012), quien indica:

La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado. (p. 1090)

A su vez, de acuerdo al profesor Bazán (2012), la tesis del “margen de apreciación nacional” “ha tenido y sigue teniendo” una extendida, aunque proteica, utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDU); sin embargo, su receptividad en la *praxis* interamericana ha sido muy discreta”. (p. 25)

En cuanto a la Corte IDH, el profesor Remotti (2004), en consonancia con lo vertido por el mismo tribunal, y amparándose en las fuentes normativas, nos propone la definición siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo establece 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:

1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal de naturaleza penal. (...)

2.- La Corte Interamericana no es un Tribunal de apelaciones de las sentencias de los órganos jurisdiccionales o arbitrales internos. (...)

3.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos es de carácter supletoria (...). (p. 40)

Una vez delimitados estos marcos conceptuales del margen de apreciación nacional como de la Corte IDH, debemos centrarnos en la funcionalidad básica de dicho criterio de discrecionalidad; al respecto:

El margen de apreciación podrá dividirse en dos partes: una de carácter interno y el otro de carácter externo. El primero podrá ser definido como aquel que permite un dialogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de principios fundadores que el Estado adapta dentro de su ordenamiento. Esto se presenta, a nuestro juicio, en el caso en que el Estado firme y ratifique los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligándose a respetarlos y garantizarlos. En algunos casos la aplicación de estas disposiciones permite una importante maniobrabilidad del Estado en su adaptación. Piénsese, por ejemplo, en el art. 2 de la CADH que indica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la Convención. Esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno. En cuanto al segundo, la situación difiere. En este escenario, el Estado se ve confrontado a la aparición de la jurisdicción internacional que surge por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, quienes activan los tribunales regionales que protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se

determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), desde una perspectiva externa se refieren al margen nacional de apreciación como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales. (Delgado, 2012, p. 1090)

Entonces, en consonancia con lo expuesto podemos colegir que el margen de apreciación nacional internamente sirve para justificar el principio del juez natural, ya que (sin perder competencia) el magistrado local analiza controversias justificando el derecho nacional bajo el derecho internacional; a esto último, el profesor Sagues (2016) lo llama “presunción de idoneidad del Juez” para aplicar el “margen”. A contraparte, de forma externa, el “margen” ratificaría el axioma de “subsidiariedad” de la justicia internacional, lo cual es la base del TEDH y la Corte IDH, siendo que en los primeros niveles son las cortes locales las que se encontrarían en mejores condiciones para resolver.

2.14.2.2. Razones que justifican la existencia del margen de apreciación nacional.

La apreciación nacional o conocida también como discrecionalidad nacional tiene su origen en el ámbito constitucional administrativo; referimos ello ya que se cimienta en la funcionalidad del Estado y el poder que le brinda la Constitución a este para poder regularse y dividirse en distintos poderes o funciones; dentro de esas atribuciones principales está la de administrar justicia. (García, 2017)

El margen mencionado, tienen su justificación en la historia, ya que desde la época romana el emperador en época de crisis obviada determinados derechos a fin de cautelar y

proteger valores sociales imperantes, o las órdenes que se dictaban en épocas de guerra. Es por ello, que la *discrecionalidad nacional* es implícita incluso a la formación y existencia del Estado. (Delgado, 2012)

El letrado Pascual (2013) indica que el “margen de apreciación nacional” fue utilizado por primera vez en el 1958 bajo la intención de “examinar la compatibilidad con el Artículo 15 del Convenio de Roma de ciertas medidas restrictivas de los derechos fundamentales adoptadas en Chipre”. (p. 221)

Aunque, se debe mencionar que dicha medida ha sido pulida y expuesta de mejor forma en 1971 por el TEDH, en el caso “Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica”, en el cual indica que la detención a un grupo de vagabundos no vulneró el artículo 8.2., toda vez que el Estado puede tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros. Esta línea de jurisprudencia continuó a través del caso “Handyside contra Reino Unido”, donde por primera vez se empleó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión. Posteriormente, se profirió el caso “Irlanda contra Reino Unido”, en cuyo contenido el TEDH señaló:

Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo (...) las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presente de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación.

El articulista Nash (2017), indica que esta figura principalmente se suele utilizar “en aquellos casos en que la discusión está centrada en las especificidades culturales prevalecientes en cada Estado. Tal es el caso de la moral pública, particularmente, en casos vinculados con la eutanasia o el matrimonio de personas del mismo sexo, entre otros”. (p. 65)

Y, es que, resulta obvio que tal mecanismo se haya desarrollado en Europa, ya que es el TEDH quien tiene que resolver casos sobre una mayor diversidad cultural a la que puede advertirse en la Corte IDH. Entonces, esa multiplicidad es la que valida la permisibilidad que brinda el alto tribunal de Estrasburgo a los 47 países bajo su jurisdicción para poder resolver conflictos; claro está, que tales concesiones solo pueden efectuarse en determinados casos, los cuales no incidan en flagrantes afectaciones.

Aparte de la multiculturalidad, una razón de efusiva contundencia es la confianza que ostenta el TEDH sobre los países a efectos de brindarles un margen de maniobra discrecional para que puedan decidir sobre sus conflictos sin afectar derechos fundamentales; a ello lo llamaremos “idiosincrasia convencional”, constreñida en la evolución sobre el respecto a los principios convencionales que tienen los pueblos.

El TEDH brindaría mayor concesión para la aplicación del margen por su familiaridad con la Convención. Sobre lo expuesto, una cosa es el margen que se puede dar a los sistemas nacionales holandeses, británicos, españoles, entre otros; y, por otra parte, aquel margen que se puede entregar a otros Estados incorporados a la competencia de la Corte, como Rusia y Turquía. (Nash, 2017)

Sobre nuestra denominada *idiosincrasia convencional*, el profesor García (2007) hace mención a la apreciación que tiene el TEDH sobre situaciones similares presentadas en dos países: Ucrania y Francia. En el primero de ellos, la Corte de Estrasburgo se pronunció en el caso “Py vs Francia” (15/12/2000), en donde, “una vez que se revisan las elecciones y el derecho de sufragio activo al Parlamento de Nueva Caledonia, territorio francés en el que, a esos efectos, se reclama el deber de residencia”. (p. 141)

En el caso de “Py vs Francia” (15/12/2000) la Corte concede el margen de apreciación nacional; a diferencia del segundo caso contra Ucrania, denominado el caso “Melnychenco” (19/10/2004), en donde la Corte analiza la legislación electoral que no se contentaba con la residencia legal y exigía una residencia “habitual” y “continuada” en el territorio de Ucrania, para poder registrarse administrativamente e inscribirse en un censo especial. Una circunstancia que actuaba como condición de elegibilidad.

La Corte Europea descende a la realidad social ucraniana de ese momento: el miedo a la persecución política bajo la dictadura, la difícil situación de los candidatos asumiendo graves riesgos para su integridad física (un candidato a presidente fue envenenado), circunstancias que probablemente les obligaban a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos. Y, “en consecuencia, resuelve estimar violada la garantía por la exigencia legal de este requisito”. (Roca, 2007, p. 141).

En el caso en mención – Ucrania – no brinda la *discreción nacional*. En el caso de los dos países descritos existe similitud, pero el TEDH se pronuncia bajo un análisis de las condiciones objetivas de dichas naciones, viéndose determinado el resultado por el apego que tendrían los Estados hacia el respecto de los derechos fundamentales en esos momentos.

Asintiendo la tesis que favorece la aplicación del margen de apreciación nacional, indicaríamos que constituye un elemento indispensable de utilización cuando existen valores sociales que proteger, o cuando se evidencia que la Corte internacional no tiene facultades para imponer un determinado modelo de sociedad, siempre y cuando se encuentren condiciones que permitan su ejecución, siendo una de ellas la *idiosincrasia convencional* de los pueblos. A su vez, la justicia internacional es indispensable actualmente para la coexistencia humana, pero la misma necesita controles y márgenes para actuar, caso contrario pecaría de la misma enfermedad que juró combatir.

2.14.2.3. Fallos de la Corte IDH que toman en cuenta el Margen de apreciación nacional. El profesor Sagüés (2016) menciona que existen tres niveles que se debe tomar en cuenta para aplicar el margen de apreciación nacional:

- 1) Guarda referencia a la intensidad (profundidad), basado en el derecho de asociación, estando a que el juez debe analizar parámetros como moralidad, interés público, etc.;
- 2) Suspensión de los derechos, ya que de acuerdo al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ciertos derechos pueden ser suspendidos en caso de guerra o emergencia;
- 3) Técnica de reglamentación de un derecho (instrumentación), amparado en el artículo 14 de la CADH, siendo que correspondería a la ley interna regularlo y se desarrolla por ejemplo bajo el derecho a réplica, rectificación o respuesta. (p. 75)

Entonces, sí es permisible la utilización de la “discreción nacional”, para lo cual debería tomarse en cuenta su estudio y su fijación de condiciones (en ello se reconoce el aporte del jurista precitado).

La Corte IDH ha utilizado de forma literal o tácita la “discreción nacional”, ejemplo de ello es la Opinión Consultiva OC-4/84 del 11/01/1984, en donde se analiza la discriminación que hace Costa Rica para establecer requisitos a la residencia (a las personas de Guatemala les condiciona a dos años de permanencia en el país, mientras que a las de otros países cuatro); pero el tribunal internacional entendió que esa diferencia es porque en el siglo XIX habían sido ambas una república, por tanto, la disimilitud era aceptable.

El segundo caso en que se aplica dicho “margen”, es el de “Yatama vs Nicaragua” (23/06/2005), en donde la comunidad nativa mencionada demanda que su participación política la efectuará mediante candidaturas independientes, y no por medio de partidos políticos (como lo impone Nicaragua); cito textualmente lo resuelto por el tribunal:

La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.

En este punto, cabe indicar que en el caso “Castañeda Gutman vs México” (2006), un ciudadano deseó alegar los mismos razonamientos para obtener los resultados de Yatama, pero la Corte IDH lo desestimó por obedecer a diferentes condiciones fácticas (similar al caso de

Francia y Ucrania anteriormente expuesto); en este proceso, digamos que implícitamente al alto tribunal reconoció a México la aplicación del “margen” mencionado.

Un tercer pronunciamiento, es en el caso “Herrera Ulloa vs Costa Rica” (02/07/2004), donde se discute la aplicación de la doctrina del “doble conforme”, tesis que exige que para que haya condena penal, acorde con el Pacto de San José de Costa Rica – PSJCR – (artículo 8, octavo inciso 2, h), exista una condena en dos instancias, es decir, una condena ratificada por una instancia superior (a fines de una mayor garantía); lo que mencionó la Corte es que los Estados tienen un gran margen para instrumentar instancias recursivas para implementar ese “doble conforme”; que no hay una sola fórmula; podría ser un recurso de apelación, de revisión, etc.; siempre que le asegure al interesado una vía de corroboración. Entonces, la regulación legislativa que se efectúe sobre ese “doble conforme” ratifica la aplicación de la “discreción nacional”.

Si bien hemos estado mencionando precedentes que aceptan el *margen*, cabe resaltar que en el caso “Gelman vs Uruguay” (24/02/2011) se rechaza la aplicación del margen discreción nacional; en este proceso, el Estado involucrado alegó la doctrina precitada, siendo este una *litis* donde se discutía si los delitos perpetrados por la última dictadura militar uruguaya eran o no de “lesa humanidad” y, por lo tanto, si eran prescriptibles o imprescriptibles. La Corte Suprema del Uruguay inicialmente indicó que esos delitos eran imprescriptibles, pero en uno de esos casos (específicamente ML) varió de criterio (lo que en Uruguay suele ocurrir por las particularidades que tienen los casos o por la variación del colegiado); mencionó en su justificación de que los delitos perpetrados no podrían ser denominados de lesa humanidad, ya que a la fecha de acontecidos los hechos tal país no había firmado las convenciones internacionales (PSJCR y Convención sobre imprescriptibilidad sobre delitos de lesa

humanidad); e incluso, se mencionó que esas leyes de caducidad habían sido convalidadas en dos oportunidades por medio de plebiscitos. La corte, citando casos anteriores, como los de Perú (Barrios Altos y La Cantuta), Chile (Almonacid Arellano y otros) y Brasil (Gómez Lund y Otros), descartó la acepción de dicho “margen”, y mencionó que Uruguay estaba coaccionado por el *ius cogen* y por tanto no podría dirimir desconociendo los precedentes convencionales.

A su vez, en un Curso de Especialización sobre Justicia Constitucional llevado a cabo por el suscrito en Italia (enero del 2019), es que mi persona le preguntó al actual presidente de la Corte IDH, Ferrer Mac - Gregor, sobre si conoce de la existencia de una sentencia emblemática de aplicación del “margen de apreciación nacional” de dicho tribunal, este respondió que era el caso “Gelman vs Uruguay”, pero visto desde la perspectiva en que dicho fallo abre la posibilidad a los Estados miembros de acogerse a las interpretaciones que haga la corte en los casos que resuelva, sin figurar incluso como denunciado.

Lo expuesto nos conlleva a colegir que, si bien la Corte IDH ha aplicado el margen de apreciación nacional, lo ha efectuado escasamente, bajo razones mayormente culturales; siendo que incluso interpreta que los Estados bajo dicho margen debería adherirse al control de convencionalidad (lo cual confirmaría la complementariedad de ambas instituciones a parecer del autor).

De lo expuesto, podemos colegir que, el margen de apreciación nacional (de origen por el TEDH), si bien es un criterio aplicado bajo discusión y cierta ambigüedad, se tiene que reconocer su persistente aplicación en el tiempo, tan es así que la misma Corte IDH lo ha recogido en algunos de sus fallos. Debido a ello, invocamos que su evolución se vaya perfeccionando bajo condiciones argumentativas y técnicas que hagan más previsible su

empleo por los tribunales internacionales (por ejemplo, inicialmente solo podría proponerse que se realice de forma concentrada).

El margen de apreciación nacional a nuestro entender refuerza el principio de “juez natural”, siendo ello compaginable con lo que Sagüés denomina la “presunción de idoneidad del Juez”; ello debido, a que, por la particularidad de los hechos a resolver, la justicia local mantiene condiciones de mayor ventaja a fin de tomar una decisión. Dicha posición también se encontraría justificada en la máxima de “subsidiariedad” que utilizan las cortes internacionales.

El margen de apreciación nacional tiene su origen en la constitución del mismo Estado (poder de administrar justicia); internacionalmente la norma que la soporta es el artículo 15 del CEDH. La razón actual de su uso, se basa principalmente en las diferencias culturales que existen entre los Estados, siendo que ello se ha dejado evidenciar en los casos: Leyla Sahin vs Turquía (TEDH) y “Yatama vs Nicaragua” (Corte IDH); teniendo en claro que no se debería aplicar cuando se determinan condenas o vulneraciones al núcleo duro de algún derecho fundamental.

Otra condición para aplicar el “margen” es lo que hemos denominado “idiosincrasia convencional”, referida a la cultura democrática y el respeto a los derechos humanos que mantiene un país a fin de que una corte internacional pueda tenerle confianza suficiente de brindarle la posibilidad de resolver un caso donde se eluciden derechos fundamentales. Ello se efectúa en el precepto que tal Estado y su justicia se encuentren a la altura de las expectativas convencionales. La “idiosincrasia convencional” engloba esos factores endógenos de cada país (división de poderes, elevados niveles de garantías sobre derechos básicos, etc.).

La Corte IDH no es muy partícipe de aplicar el margen de apreciación nacional; de los tres casos resaltantes donde se ha utilizado, dos versan sobre temas culturales y uno de ellos sobre formas de procedimiento judicial (caso “Herrera Ulloa vs Costa Rica”); siendo que en este último ni siquiera lo califica con el nombre precitado. A su vez, se ha tratado de demostrar que dicho margen fácilmente puede convivir con el control de convencionalidad, siendo la excepción de este último y complementado su labor de ejercitar justicia; es más, en interpretación del magistrado F. Mac - Gregor (de acuerdo al caso “Gelman”) la discrecionalidad nacional implica también que los Estados por propia cuenta se adhieran a los considerandos de los fallos que resuelve la corte, por más que dichos países no estén como denunciados. En concreto, el tribunal indicado puede que no la use debido a la poco calificada “idiosincrasia convencional” que existe en la región; aunque la institución seguirá vigente para ser aclamada cuando su justificación interpretativa lo permita.

2.15. El control convencional y su argumentación jurídica

Si bien ya le hemos dedicado explicación al control de convencionalidad, desde el presente capítulo en adelante nos vamos a encargar de demostrar su relación con la argumentación jurídica y la forma adecuada en que ambas deben conjugarse para poder perfeccionar aquella figura.

2.15.1. La argumentación Jurídica.

Para definir la argumentación jurídica, recogemos lo que entiende por ello el filósofo Alexy (2010):

La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso de la discusión científico – jurídico. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. (p. 44)

De igual forma, se menciona que el discurso jurídico puede ser comprendido desde diversas perspectivas, por ejemplo, la empírica, analítica, normativa, entre otras.

De forma más sintética, Romero (2017) nos menciona que, “si bien existen diversas ideas sobre la noción de argumentación jurídica, parece que todas hacen referencia a la razonabilidad, lo cual es imprescindible, pues ¿no acaso la justificación comporta ofrecer razones para demostrar o convencer a otro sobre una aseveración?”. (p. 70)

A su vez, el profesor Pinto (2000), en su tesis doctoral denominada “Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy”, cita a este autor cuando define a la argumentación jurídica de la siguiente forma:

La argumentación jurídica es el lenguaje del Derecho resultante de una aplicación actual de reglas y principios a la solución de los conflictos teóricos y prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del propio Derecho. (p. 100)

La argumentación jurídica viene a ser el procedimiento metódico que se sigue a fin de llegar a una conclusión que levante una incertidumbre jurídica o resuelva un conflicto.

Es que, tal como lo expone el profesor García (2017) “Dos son nuestros problemas que aquejan a nuestro lenguaje ordinario y, dentro de él, a nuestro lenguaje jurídico: ambigüedad y vaguedad” (p. 21). Y, sobre ese lenguaje que naturalmente conlleva ciertas imprecisiones es que se presentan las fórmulas o métodos para argumentar.

No en todas las épocas la argumentación jurídica ha tenido un concepto uniforme, o la importancia que ahora se le da para el derecho; por ejemplo, así lo describen “Perelman y Olbrechts” (1989) en su libro “Tratado de la Argumentación”:

La suerte de la historia de la retórica ha estado ligada a la valoración gnoseológica que, en las distintas épocas, se ha hecho de la opinión en su relación con la verdad. Para quienes la verdad puede surgir de la discusión y el contraste de pareceres, la retórica será algo más que un simple medio de expresión, un elenco de técnicas estilísticas, como lo consideran aquellos para quienes la verdad es fruto de una evidencia racional o sensible (...) Es con los sistemas característicos de finales del XIX y de este siglo (pragmatismo, historicismo, vitalismo, axiología, existencialismo (...)) cuando se empiezan a sentar las bases para la rehabilitación de la retórica y la teoría de la argumentación. (p. 7)

Una de las razones por las cuales la teoría del razonamiento o la argumentación ha ido adquiriendo mayor importancia en la actualidad es el desarrollo de las democracias en los países, lo cual (tal como en la Grecia clásica) hace que se despierte el interés por la persuasión

y justificación de los actos o decisiones. Mención particular tiene la influencia del positivismo, el cual redujo la velocidad de la evolución de la argumentación, ello debido a los criterios muy estrictos que impulsa a manejar dicha teoría.

La rehabilitación que ha tenido la retórica tiene que ver con el recogimiento de las posiciones principistas o la ética; al respecto el mismo Perelman (1989) refiere:

Pero la rehabilitación de la retórica no debe olvidarse de la conexión entre retórica y ética planteada por Platón. Conexión de vital importancia en un mundo de medios de comunicación cada vez más potentes y una propaganda política, ideológica, comercial (...) cada vez más omnipresente. Estos y otros muchos riesgos del mundo actual exigen que la rehabilitación de la retórica sea filosófica, incluyendo su sentido humanista y ético. (p. 12)

El control de convencionalidad para poder sostenerse y legitimarse como técnica interpretativa vinculante necesita de la herramienta de la argumentación para purificar su concepto, para poder adquirir mayor autoridad, y para no degenerar su bien intencionada creación.

En efecto, si bien el control de convencionalidad es una tesis aún en perfeccionamiento sobre sus diversas aplicaciones y funciones, tiene en la argumentación un apoyo para poder evolucionar; y es que para aplicar el mencionado control se necesita la verticalidad del mismo, y para ello se debe aplicar un método argumentativo y persuasivo, tener en claro a qué principios hacemos mención, cuáles son los derechos de índole regional que guardan respaldo supranacional incluso.

Entonces, la vinculación existente entre el control de convencionalidad y su argumentación jurídica es de colaboración continua, y yo diría que hasta de dependencia evolutiva de la primera sobre la segunda.

2.15.2. Tipos de argumentación

2.15.2.1. La argumentación lógica. Es una de las más antiguas y de las más presentes en el razonamiento jurídico; su creación data de los años cincuenta del siglo pasado. Tal como lo indica Dehesa (2007) “no puede existir ninguna teoría de la argumentación y menos aún ejercitarla con éxito si no se contempla una estructura lógica, este término, como se verá más adelante, admite una pluralidad de significados, y no necesariamente se refiere sólo a la lógica formal”. (p.67)

Para efectos de la rama jurídica, estudiando la argumentación lógica que exige al sustentar una tesis, afirmamos que:

A través del argumento lógico se establece la relación entre un hecho y la norma jurídica que pueda aplicarse a ese hecho, con lo cual el operador jurídico lleva a cabo la operación de subsunción, verificando que el hecho señalado esté comprendido dentro de la norma aplicada, dando como resultado una conclusión lógica; esto es, apoyado en las premisas, tanto fáctica como normativa. Entonces, el silogismo subsuntivo o silogismo judicial permite justificar una decisión a través de un proceso lógico; siendo considerado este tipo de silogismo la forma básica de razonamiento jurídico. (Vásquez, 2014, p. 102)

Existe unanimidad en autores al reconocer que la lógica es la ciencia del razonamiento correcto, y justamente para encontrar el mismo es que se han desarrollado diversos métodos, siendo el principal de ellos la inferencia deductiva. A su vez, si bien hay diversas clases de lógica (tradicional, formal, simbólica, deductiva, inductiva, intencional, dialéctica, histórica, vital, griega, estoica, neoescolástica, entre otras).

El resultado del proceso argumentativo lógico vendría a ser lo que denominamos como la justificación, siendo que la misma tendría dos niveles: interna o externa (ya sea para casos fáciles o difíciles), sobre ello, se explica lo siguiente:

En el primer caso – casos fáciles –, cuando en el argumento lógico no existe problema con ninguna de las premisas (normativa y fáctica), la justificación (interna) se da a partir de llevar a cabo un razonamiento deductivo (silogismo subsuntivo o judicial); esta clase de justificación siempre es necesaria. Mientras que cuando exista problema con alguna de las premisas, ya sea porque existe duda acerca de la norma aplicable al caso o cómo ha de interpretarse la misma (normativa), o bien cuando la duda es relativa a si determinado hecho ha tenido vigencia o cómo calificarlo (fáctica), se debe realizar una justificación externa, pues el razonamiento de tipo lógico (argumentación lógico formal) ya no es suficiente. (Vásquez, 2014, p. 102)

Podemos evidenciar que para los casos fáciles de subsunción normativa se puede efectuar una justificación interna; pero, cuando exista lo que se denomina casos difíciles, se tiene que acudir a otros métodos dentro de la teoría de la argumentación, uno de ellos es la “razón práctica”, comprendiendo de que en este último caso no solo se necesita normas y procesos lógicos, sino, a su vez, principios morales.

Entonces, el argumento lógico viene a ser la base estructural de la teoría de la argumentación jurídica, el mismo que está diseñado para ser aplicado ya sea en casos fáciles o difíciles, siendo que las premisas pueden apoyarse en función de construir un argumento lógico (estructura convergente, dependiente, divergente, encadenada, entre otros).

2.15.2.2. La argumentación dialéctica. En Grecia, el nombre de dialéctica apelaba a arte de la discusión o diálogo basado en el enfrentamiento entre varias partes, y a través del cual el discurso común desembocaba en la verdad. Se designada así tanto un arte de la conversación como la capacidad de dividir las cosas en géneros y especies, de clasificar, ordenar y examinar conceptos e ideas. (Dehesa. 2007. p. 27)

Es conocido que desde la antigüedad Sócrates lo utilizó como un procedimiento de pregunta y respuesta para poder indagar de y elucidar verdades. En el libro *Órganon* (Tratado de Lógica) se indica que la dialéctica es útil para para ejercitarse, para las conversaciones y para los conocimientos en filosofía; sobre los elementos de la misma se indica:

Los argumentos surgen de las proposiciones, y aquello sobre lo que versan los razonamientos son los problemas; ahora bien, toda proposición y todo problema indican, bien un género, bien un propio, bien un accidente (pues también la diferencia, al ser genérica, ha de ser colocada en el mismo lugar que el género); y, ya que entre lo propio lo hay que significa el *qué es ser* y lo hay que no, se ha de dividir lo propio en las dos partes antedichas, y a una se la llamará *definición*, que significa el *qué es ser*, y a la otra, de acuerdo con la designación dada en común ambas, se la llamará *propio*. Así pues, es evidente, a partir de lo dicho, por qué, de acuerdo con la presente división,

todo viene a reducirse a cuatro cosas: *propio*, *definición*, *género* y *accidente*. (Aristóteles, 1982, págs. 94 y 95)

A partir de lo que se ha mencionado es que surgen los problemas y las proposiciones; a su vez, cabe precisar, tal como lo indica el libro citado, que el problema y la definición difieren, para ello usa el siguiente ejemplo:

¿Acaso “animal pedestre bípedo” es la definición del hombre? y ¿Acaso “animal” es el género del hombre?, se forma una proposición; en cambio, si se dice: El animal pedestre bípedo ¿es la definición de hombre o no?, se forma un problema, y de manera semejante en los demás casos. De modo que, con toda verosimilitud, los problemas y las proposiciones son iguales en número e idénticos: pues de toda proposición podrás hacer un problema cambiándolo de modo. (Aristóteles, 1982, p. 95)

Para comprender de forma ordenada sobre los elementos de un argumento dialéctico diríamos que parten de proposiciones que tratan de razonar sobre problemas; siendo que estos versan sobre un género (diferencia), un propio (definición) o un accidente; los problemas y proposiciones tienen identidad ya que solo cambian de modo, y todo ello se deriva en un argumento.

La lógica dialéctica es la que más suele utilizarse dentro del derecho, incluso más que la lógica formal; ya lo indicaba Aristóteles, tal como lo cita Dehesa (2007), en su libro *Introducción a la Retórica y la Argumentación*: “la retórica es una antístrofa de la dialéctica, ya que ambas tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”. (p. 14)

Cabe precisar que el problema dialéctico se basa en que la el mismo sea deseable o rechazado, por ejemplo: si el placer el deseable o no lo es, de si existe el espíritu o no; tienen que ser juicios paradójicos. Claro está que de esto se separa aquellas emisiones que no se constituyen como argumentos sino como correcciones o sensaciones:

Los que dudan sobre si es preciso honrar a los dioses y amar a los padres o no, precisan de una corrección, y los que dudan de si la nieve es blanca o no, precisan de una sensación. Tampoco hay que examinar aquellos cuya demostración es inmediata o demasiada larga: pues los unos no tienen dificultad y los otros tienen más de la que conviene a una ejercitación. (Aristóteles, 1982, p. 95)

Entonces, hay planteamientos que no son juicios paradójicos propios de la dialéctica, ya que no conllevan argumentos, muchos incluso puede que no lleven proposiciones, o si lo llegan a ser, estas precisan una corrección, una sensación, son de demostración inmediata o demasiado larga. Tal como lo indica Aristóteles (1982) en el *Órganon*, en cuanto a la corrección, cabe indicar que en la misma el que se plantea un problema no está totalmente equivocado (en cuyo caso se le ha de hacer ver su error de planteamiento, eliminando el problema como falso) ni puede resolverlo a través de la experiencia sensible. En el caso del falso problema, se pone de ejemplo de índole moral en el que la palabra griega *kólasis* adquiere el sentido de “correctivo”, más que el de “corrección”.

2.15.2.3. La argumentación retórica. podemos afirmar que ha tenido algunas variaciones de concepto durante el tiempo; pero la raíz siempre se ha conservado; proviene del griego *rbetoriré*, que significa oratoria, sus variaciones serían hablar en público, discurso

artístico. La Real Academia Española (2022) menciona en su cuarta aceptación que retórica es “el arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover”.

Tal como lo indica Vásquez (2014), en el diccionario de derecho procesal constitucional y convencional:

En suma, la retórica ha sido concebida como el arte de persuadir; en consecuencia, podemos señalar – tomando palabras de Santo Tomás de Aquino – que el argumento retórico es lo que arguye la mente para convencer de determinado planteamiento a través de la persuasión; así, pese a que el argumento retórico no puede demostrarse por medios probatorios, esa cuestión no le resta verdad y validez, ya que no se trata de establecer verdades evidentes, sino mostrar el carácter razonable – plausible – de determinada tesis o decisión. (p. 106)

Cabe precisar que antes de la definición, el autor mencionado citando a Perelman (1989) menciona que existe distinción entre persuadir y convencer, ya que un argumento persuasivo valdría para un auditorio en particular, mientras que un argumento convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón (auditorio universal). Al respecto, en el libro Tratado de la Argumentación del autor referido, se precisa:

Para aquel que se preocupa por el resultado, persuadir es más que convencer, al ser la convicción sólo la primera fase que induce a la acción. Para Rousseau, de nada sirve convencer a un niño “*si l'on sait le persuader*” (si no se sabe persuadirlo). En cambio, para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es

más que persuadir (...) nosotros, nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio en particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón. (p. 67)

A su vez, respecto al argumento retórico, indicamos que este se conformaría por dos elementos: el entimema (deducción) y el ejemplo (inducción), por lo tanto, a través de un silogismo lograríamos arribar a una deducción; mientras que, por medio de ejemplos, a una inducción silogística (generalización), “en ambos casos, con la finalidad de lograr la adhesión del destinatario del discurso, con el apoyo de las técnicas y medios propios del debate y la persuasión”. (Vásquez, 2014, p. 106)

En el ámbito judicial, podemos indicar que el argumento retórico es aquel que busca incidir directamente en el ánimo del auditorio, aceptando o rechazando la tesis presentada.

A su vez, cabe mencionar que existen más clases de argumentación; las que aquí hemos descrito son las más importantes para poder demostrar el cumplimiento de nuestra hipótesis en la presente tesis.

2.15.3. Discurso práctico general

Alexy (2010) nos hace colegir de que el discurso práctico se deriva de la argumentación jurídica, siendo que esta sería una actividad lingüística sujeta a corrección de enunciados normativos; a su vez, precisa que la diferencia del discurso práctico con el discurso jurídico, es que este último se encuentra incluido en el anterior.

Cabe precisar que, para el mencionado autor, el derecho como sistema de procedimientos, consiste en la existencia de cuatro procedimientos: i) Procedimiento del discurso práctico en general (consiste en reglas que garantizan la racionalidad del discurso), ii) creación del derecho (determinado al poder legislativo), iii) discurso jurídico (igual a la dogmática, nace como debilidad del Poder Legislativo, ya que el mismo no puede prever todo; la decisión más racional es la que mejor se pueda fundamentar en base a normas del derecho vigente), y iv) procedimiento judicial (encaminado a la sentencia, ya que no solamente se fundamenta sino también se decide). Los tres últimos son procedimientos institucionalizados ya que están regulados por normas jurídicas.

Lo que hemos recogido como materia de estudio en el presente apartado es el procedimiento del discurso práctico, por ser el más amplio y más general de los demás, siendo incluso que los otros comparten muchos de sus elementos. De esta forma, en una explicación más didáctica, el profesor Romero (2017) nos indica sobre el mencionado discurso:

Así pues, el discurso es de naturaleza práctica, porque las discusiones buscan tener una repercusión en el comportamiento habitual de los sujetos enjuiciados; por su parte, es institucionalizado, ya que la discusión tiene lugar bajo condiciones de limitación (piénsese en las reglas procesales y el tiempo reducido para resolver los conflictos) y opera bajo la pretensión de corrección, puesto que se busca presentar razones que justifiquen determinada toma de postura.

Con todo, es evidente que para la mayoría de autores la argumentación jurídica se da en el campo dialógico, lo cual parece relevante, pues se reafirma la idea de que el convencimiento es por medio de la razonabilidad y no por la simple imposición o arbitrariedad judicial. (p.70)

Queda claro entonces que, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general; al respecto, se da ello ya que ambos comparten lo que se denomina como pretensión de corrección; para poder definir esta figura citamos lo que indica Romero (2017) en su libro Estudios sobre Argumentación Jurídica Principalista:

Se considera que la “pretensión de corrección” es un elemento de interés en cualquier teoría de la argumentación jurídica; de hecho, Alexy le da mucha importancia a dicho elemento cuando presenta en su teoría ciertas reglas y formas del discurso práctico y jurídico que fungen como esquema de corrección de las decisiones, las cuales en términos de Alexy son útiles para la generación de las decisiones racionales (...) ahora bastaría decir en expresiones generales que ésta – pretensión de corrección – se refiere a que toda proposición, afirmación o postura dada en el ámbito jurídico o práctico debe estar fundamentada; es decir, se deben indicar las razones para nuestras afirmaciones enunciadas. (p. 96)

Solamente una proposición fundamentada llegará a ser una pretensión de corrección, siendo que ello producirá una afirmación o postura acertada y correcta. Al respecto, el autor anteriormente propone algunos ejemplos para comprender lo que sería una pretensión de corrección:

En el campo del derecho, por ejemplo, los abogados de las partes en juicio plantean con sus intervenciones pretensiones de corrección; es decir, exponen razones para defender sus posturas. (Romero, 2017, p. 96)

Entonces, ya definido lo que es una pretensión de corrección, cabe precisar de forma más exacta lo que sería un razonamiento práctico, sobre el particular, recogemos lo que indica Pinto (2018), en su tesis “Teoría de la Argumentación de Robert Alexy”, donde menciona que:

El hecho de que un razonamiento tome como base los derechos y de que los derechos se evidencien en el razonamiento nos indica que la naturaleza de éste, antes que jurídica, es moral. Es efectivamente el razonamiento práctico el adecuado en la ponderación y evaluación de los principios que entran en liza en todo debate jurídico, y que no son sino el soporte de esos derechos que se pretenden justificar. (p. 89)

En ese sentido, podemos indicar que el discurso práctico es el más amplio de los demás sistemas de procedimientos que nos indica Robert Alexy; a su vez, a continuación, efectuaremos definiciones más precisas sobre lo que se comprendería respecto el discurso práctico.

2.15.3.1. El discurso práctico es el discurso moral. Se dice que la teoría de Robert Alexy es muy similar a la de MacCormick, con la distinción de que este parte de las decisiones tal y como se presentan en las resoluciones judiciales para de ahí elaborar una teoría de la argumentación, en cambio Alexy, arranca de la teoría de la argumentación práctica general para luego proyectar la argumentación en el campo del derecho.

El discurso moral es el discurso práctico general para el caso de Alexy (2010), tal es así como se describe en su obra Teoría de la Argumentación Jurídica, en donde describe lo siguiente cuando desarrolla la sección del discurso práctico como actividad guiada por reglas:

La objeción más importante contra Stevenson consistía en que éste desconoce el carácter del discurso moral como actividad guiada por reglas. Las teorías metaéticas a investigar aquí se diferencian entre sí en muchos puntos, pero coinciden en la concepción del discurso moral como una actividad guiada por reglas. La discusión de estas teorías estará guiada, por tanto, por la pregunta sobre las reglas vigentes en los discursos morales. (p. 84)

Entonces, el discurso práctico general vendría a ser el discurso moral para la posición que adopta Alexy; claro está que en otros autores puede darse una diferenciación. De acuerdo a ello, a continuación, lo que se debe hacer es estudiar las reglas principales en las cuales se sustenta el discurso mencionado.

2.15.3.2. Las reglas del discurso práctico general. Las *reglas fundamentales* para el discurso práctico general son las siguientes:

- i) Ningún hablante puede contradecirse.
- ii) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- iii) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmase que son iguales en todos los aspectos relevantes.

- iv) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

(Alexy, 2010, p. 406)

De lo expuesto, podemos evidenciar que en las reglas existe una cuota ética fundamental; a su vez, lo que se contrapone a las reglas mencionadas podría describirse como falacia.

De igual forma, sobre las *reglas de la razón*, se exponen que las mismas serán las siguientes: i) todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación; ii) quien puede hablar puede tomar parte en el discurso; iii) todos pueden problematizar cualquier aserción, todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (Alexy, 2010)

Habiendo descrito las reglas fundamentales del discurso práctico en general y las reglas de la razón, cabe precisar que Alexy (2010) propone *reglas de carga de la argumentación*, y las mismas se desarrolla de la siguiente manera:

- i) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que una persona B está obligado a fundamentarlo.
 - ii) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
 - iii) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.
 - iv) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.
- (p. 406)

Como tercer grupo de reglas encontramos a las *reglas de fundamentación*, al respecto, Alexy (2010) propone las siguientes:

- i) Quien afirma una proposición normativa que presuma una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara e la situación de aquellas personas.
- ii) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
- iii) Toda regla debe poder enseñarse de forma abierta y general.
- iv) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica – crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha pedido después su justificación; o, b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.
- v) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.
- vi) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados. (p. 408)

Las reglas expuestas, las que Alexy considera como *fundamentales*, las de *razón*, las de *carga de argumentación*, y la de *fundamentación*, son el filtro para considerar que un argumento cumple con las pautas que ha brindado el discurso práctico general.

2.15.4. Estructura de la argumentación jurídica

Cuando se emite un argumento jurídico, no podemos obviar el razonamiento ordinario que se percibe de inferencias inductivas, siendo que no ponen en cuestión ni las premisas ni el método a aplicar; pero, en la justificación jurídica sí encontramos la obligación de analizar la validez, y en otros incluso la oportunidad y procedencia de un enunciado.

Entonces, en la estructura de la argumentación jurídica podemos encontrar las dos justificaciones (interna y externa); siendo que las mismas serán utilizadas de acuerdo a la oportunidad y las condiciones adecuadas.

A nuestro entender, donde la doctrina ha ido evolucionando mayormente, es en la justificación externa, ya que de ella provienen conflictos de mayor rigurosidad; para el caso del control convencional, la misma también es de ejecución.

2.15.4.1. Justificación interna. En cuanto a las decisiones judiciales, la doctrina ha ido confirmando que se requiere dos tipos de justificación: interna y externa. En cuanto a la primera, nos menciona el profesor García Amado (2017) lo siguiente:

Alude a la corrección formal de los razonamientos que en la sentencia se contienen, corrección conforme a las reglas de la lógica. En otras palabras, las inferencias que en la sentencia se realicen han de ser correctas, tienen que estar bien hechas. (p. 12)

En efecto, los casos fáciles son propios de una justificación interna; tal como lo expresa Alexy (2010=, en su libro *Teoría de la Argumentación Jurídica*: “los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de “silogismo jurídico”.

2.15.4.1.1 Deducción. Un ejemplo típico de la justificación interna es la corrección lógica o formal de un razonamiento deductivo, la misma que es independiente de la verdad o falsedad de las premisas; el mismo podría caer en el siguiente ejemplo:

Premisa 1: Los peruanos hablan castellano

Premisa 2: Gerardo es peruano

Conclusión: Gerardo habla castellano

En estos casos de justificación interna, tal como lo menciona Pinto (2000), “entrarían todos los casos jurídicos o parajurídicos que no ponen en cuestión ni las premisas ni la deducción como método de resolver asuntos de orden práctico” (p. 94).

De acuerdo al ejemplo que propone el profesor García (2017), aplicando la deducción a un ejemplo jurídico, este sería el siguiente:

(1) El que matare a otro debe ser castigado con pena de prisión de 10 a 15 años.

(2) José mató a pedro

(3) José debe ser castigado con pena de prisión de 10 a 15 años. (p.71)

No existiría una justificación interna adecuada, ni un silogismo correcto, si se concluiría a la inversa de lo expuesto; así pues, tal como lo mencionado el autor descrito, también puede darse en caso de ampliar las premisas, por ejemplo:

- (1) El que matare a otro debe ser castigado con pena de prisión de 10 a 15 años.
 - (2) Está exento de responsabilidad criminal el que obre impulsado por miedo insuperable.
 - (3) José mató a pedro
 - (4) Cuando José mató a Pedro, José obró impulsado por miedo insuperable.
-
- (5) José no debe ser condenado a pena de prisión de diez a quince años (= debe absolverse a José, José está exento de responsabilidad criminal). (García, 2017, p. 72).

Claro está que, aquí solo se analiza la formalidad de las premisas y la lógica de la conclusión, no se ha evaluado la veracidad de aquellas ni la de esta última, como tampoco se ha sometido a análisis la interpretación adecuada de las normas o la suficiencia probatoria con la que se contaría. Justo estos elementos se añaden también al momento de emitir un fallo judicial, en donde también, claro está, se emiten varios silogismos a fin de mantener una estructura lógica.

2.15.4.1.2 Inducción. Reconocido como la técnica de la generalización; para poder ilustrarlo, el profesor García (2017) nos propone un ejemplo práctico:

Supóngase que sabemos que el pueblo P tiene cien habitantes. De los cien, yo he ido conociendo, de uno en uno, a noventa y cinco. Y resulta que de los noventa y cinco yo

he visto que son pelirrojos. Y entonces digo: “los P son pelirrojos”. Al afirmar así estoy haciendo una generalización. (p. 75)

No sería esta una generalización gratuita, se basa en una experiencia cierta; y, lo que trata de darnos a entender es que hay un predominio de sucesos o características que acontecen. Pero, interpretando desde otro extremo, podríamos decir que no existe una certeza absoluta sobre dicha afirmación, pues cabe afirmar que estos razonamientos se dan en diferentes momentos de la vida diaria; e incluso, hasta en las ciencias naturales se necesitarían esta clase de juicios; al respecto, García (2017) propone el siguiente ejemplo donde se afirma tal condición: “Los mares, los lagos o lagunas con un grado de salinidad superior a N no contienen ningún organismo vivo”. (p. 76)

En los razonamientos inductivos la conclusión no se deriva de las premisas o de la lógica, sino que la conclusión rebasa a los mismos. Esta clase de juicios aparece mayormente en lo que denominamos como la máxima de la experiencia.

2.15.4.1.3 Abducción. El razonamiento abductivo consiste en concluir en un enunciado universal a partir de datos particulares; se diferencia de la inducción ya que en si bien en esta hay un orden, en la abducción, tal como lo indica García (2017) existe una “reducción a la hipótesis más verosímil, a partir de una serie de datos diversos concluimos con un enunciado individual”. (p. 82)

Este tipo de razonamiento es muy utilizado por los jueces cuando analizan si un determinado hecho ha quedado acreditado o no, y llegan a ello mediante la utilización de

diferentes proposiciones, las mismas que dirigen a concluir a una alternativa más verosímil. El proceso de abducción, para llegar a sostener un importante grado de razonabilidad cuando:

- a) Menos cabos sueltos deje, cuando más integren en un esquema coherente y una narración congruente todos los elementos concurrentes.
- b) Más verosímil y más probable resulte a tenor de esos elementos con los que la “historia” se construye y se concluye de esa manera.
- c) Menos posibles explicaciones alternativas existan o más irrazonables parezcan todas esas posibles explicaciones alternativas. (García Amado, 2017, p. 82)

En este caso tampoco se deriva la conclusión de la lógica, siendo que incluso en la conclusión se contiene información que en las premisas no se encontraba.

2.15.4.1.4 Falacias. A diferencia de lo anteriormente estudiado, las falacias no son procedimientos racionales que conllevan a una conclusión válida; muy el contrario, mantiene en su desarrollo una estructura defectuosa, no es que sea verdad o falso lo que afirme, sino que es errático el camino que se escoge para poder concluir sobre algo. Al respecto:

En consecuencia, un defecto estructural de un argumento es algo distinto de la falsedad de un argumento. Cuando, en el ejemplo de hace un instante, digo “Lo sé porque acabo de oírlo en la radio”, puede que esté mintiendo. Entonces el argumento es malo por falso, no por estructuralmente defectuoso. Demostrada la falsedad de lo que digo (es decir, que es mentira que he oído eso en la radio), el argumento queda invalidado. Pero si digo “Lo sé porque dos y dos son cuatro” no digo nada falso o mentiroso, sino que empleo un argumento que no sirve, pero por otra razón: porque no viene a cuento lo

que se trataba de justificar (se trataba de justificar mi afirmación de que en ese momento llovía en Londres). (García, 2017, p. 84)

Estos argumentos defectuosos en su estructura se denominan falacias; muchas veces los mismos parecen que fueran adecuados o válidos; al respecto, hay dos tipos de falacias: i) falacias formales, ii) falacias materiales (no formales).

En cuanto a las falacias formales, se da cuando se afecta la lógica deductiva, es decir, cuando no se puede extraer una conclusión valedera de las premisas, es un silogismo incorrecto, ya sea por las premisas o por la conclusión que no obedece a la estructura lógica. Dentro de este tipo de falacias están: i) falacia lógica de afirmación del consecuente, ii) negación del antecedente.

Figura 2:
Cuadro de las falacias formales

Falacia de la afirmación consecuente		Falacia de la negación del antecedente	
Todos los peruanos son alegres.	$P \rightarrow Q$	Si solea me como un helado.	$P \rightarrow Q$
Juan es alegre	Q	No solea	- P
Juan es peruano		No me como un helado	
	P		- Q

Nota. Elaboración propia

En cuanto a las falacias no formales o materiales, se da mayormente en la justificación externa, lo que justamente se analizará más adelante; ahí se tocará con mejor detalle lo de las falacias de este tipo.

2.15.4.2. Justificación externa. Cuando hablamos de justificación externa nos referimos a los contenidos de las premisas, a diferencia de la anterior donde el problema radicaba en la lógica formal, en un tema netamente estructural; siendo así, y tal como lo expone el profesor García (2017), comprendemos que los problemas de contenido, de los que se preocupa la justificación externa, se basan en término de: verdad, razonabilidad o admisibilidad.

Entonces, en la justificación interna se daría un caso de tipo simple, siendo que hay otros en los cuales se ofrecen más complicaciones de una deducción, y ello puede deberse al elevado número de normas que pueden entrar a tallar en la inferencia, justamente en estos casos difíciles es donde se aplica la teoría de la argumentación jurídica; tal como lo indica Atienza (2005):

Pero, naturalmente, además de casos simples hay también casos difíciles (de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica), esto es, supuestos en que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas. Wróblewski (cuya terminología resulta hoy ampliamente aceptada) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, justificación interna. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, justificación externa (...) La justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto. (p. 26)

A su vez, Amado (2017) al mencionar que hay inferencias lógicas pero que no son verdaderas (ya que no contienen una justificación externa), ofrece un ejemplo muy didáctico, el mismo que procedemos a diseñarlo en el cuadro siguiente:

Figura 3:

Razonamiento formalmente correcto, pero con premisa falsa

Estructura de razonamiento formalmente correcta, pero con premisa falsa	
(1) Todas las aves vuelan	$P \rightarrow Q$
(2) Los pingüinos son aves	Q
(3) Los pingüinos vuelan	P

Nota. Elaboración propia

Puede apreciarse de que formalmente se respeta la estructura de la lógica, pero la primera premisa es falsa, ya que todas las aves no vuelan (ejemplo de ello el caso del pingüino), parte de una afirmación errada, y tal como su naturaleza ello nos producirá un razonamiento inexacto. Tal es así que se propone otro ejemplo por parte de García (2017):

Figura 4:

Cuadro de razonamientos formalmente correctos, con premisa falsa y con premisa verdadera.

Estructura de razonamiento formalmente correcta (con justificación interna), pero con premisa falsa (<u>sin justificación externa</u>)	Estructura de razonamiento formalmente correcta (con justificación interna), y con premisa verdadera (<u>con justificación externa</u>)
---	--

<p>(1) El que matare a otro debe ser castigado con pena de prisión de 10 a 15 años (art. 138 CP).</p> <p>(2) Está exento de responsabilidad criminal el que obre impulsado por miedo insuperable (art. 20,6° CP)</p> <p>(3) Obrar por miedo insuperable implica que en el sujeto que actúa se den las circunstancias X, Y y Z.</p> <p>(4) José mató a Pedro.</p> <p>(5) Cuando José mató a Pedro, en su acción se dieron las circunstancias X, Y, Z.</p> <p>(6) Por tanto, cuando José mató a Pedro obró impulsado por el miedo insuperable</p> <hr/> <p>(7) José no debe ser castigado ... (= debe absolverse a José; José está exento de responsabilidad criminal).</p>	<p>(1) El que matare a otro debe ser castigado con pena de prisión de 10 a 15 años (art. 138 CP).</p> <p>(2) Está exento de responsabilidad criminal el que obre impulsado por miedo insuperable (art. 20,6° CP)</p> <p>(3) <u>Por razones interpretativas R1, R2... Rn, obrar por miedo insuperable implica que en el sujeto que actúa se dan las circunstancias X, Y y Z.</u></p> <p>(4) <u>José mató a Pedro, según se desprende de las pruebas P1, P2...Pn, cuya certeza o valor probatorio suficiente viene avalado por las razones R1, R2...Rn.</u></p> <p>(5) <u>Cuando José mató a Pedro, en su acción se dieron las circunstancias X, Y, Z, según las pruebas P1, P2...Pn, cuya certeza – la del acaecimiento de esas circunstancias – o valor probatorio suficiente viene avalado por las razones R1, R2 ... Rn</u></p>
---	---

	<p>(6) Por tanto, cuando José mató a Pedro obró impulsado por el miedo insuperable</p> <hr/> <p>(7) José no debe ser castigado ... (= debe absolverse a José; José está exento de responsabilidad criminal).</p>
--	--

Nota. Elaboración propia

La primera (1) y segunda (2) premisa son certeras, pero la premisa tres (3) – *Obrar por miedo insuperable implica que en el sujeto que actúa se den las circunstancias X, Y y Z.* – es un enunciado que interpreta otro enunciado, el segundo, referido al art. 20, 6° CP, siendo que las circunstancias que propone (X, Y, Z), no podrían ser todas las existentes, podría haber otras que se den (A, B, C). Este ejemplo, para García (2017), tiene este detalle:

Dirige a seleccionar determinada interpretación de ese enunciado, pero ¿Por qué por esa y no por otra?, ¿Por qué se prefiere o parece más defendible o aceptable esa asignación de significado que otra de las que se presentaban como alternativas admisibles? ¿Por qué por “miedo insuperable” hemos de entender, en el art. 20, 6° y para el caso que juzgamos, tal cosa (un miedo con tales y cuales caracteres) y no tal otra (un miedo con características diferentes)? (p. 90)

En el ejemplo el juez se habría inclinado por la elección de la premisa tercera, y debería justiciar por qué razones efectuó la misma, si no lo hace, o lo efectúa insuficientemente, se

concluiría que en el razonamiento del juez existe una equivocación o error. De igual forma, en el ejemplo precedente, en la premisa cuatro (4) se afirmó que “José mató a Pedro”, para llegar a dicha aseveración se tendría que confirmar con pruebas de por medio tal acto, sino también sería una premisa falsa; de igual forma para la premisa cinco (5). Entonces, si bien formalmente la secuencia que se ha seguido para emitir el razonamiento anterior está bien estructurada (tienen justificación interna), pues tiene tres premisas (3, 4, 5) que deben certificarse a fin de mencionar que mantienen una justificación externa propicia.

Para el autor latinoamericano, Zavaleta (2014), menciona que el tema de la justificación externa se aplica en:

Problemas de relevancia o determinación de la norma aplicable, problemas de interpretación, problemas de prueba y problemas de aplicación (...) sin embargo, esta idea es errónea, pues desconecta a la motivación de las resoluciones judiciales con el resto de las actividades procesales. Todo el proceso está preordenado hacia un fin, cual es el de responder a la pregunta sobre si el estado de cosas que presenta el caso jurídico está prohibido o permitido, es obligatorio, etc. (...) los problemas de justificación externa, por tanto, constituyen antes los problemas del caso, y esto supone que su papel no se limita al momento de justificar la decisión, sino que su identificación y división en cuestiones debe servir para organizar toda la actividad epistemológica necesaria para resolver el caso. (p. 131)

Puede evidenciarse que, para este último autor, la justificación externa no se satisface en encontrar soluciones de argumentación sobre las cuestiones de contenido a las que se refiere García Amado, sino que desea ampliar las circunstancias a todo el proceso en sí. Al respecto,

consideramos que, para delimitar el tema de la justificación externa, esta debe centrarse en el contenido, lo que acontezca en el proceso es un tema a evaluar con respecto a los efectos de dicha justificación, pero lo central para tal disciplina es el contenido, y sobre ello es que el control de convencionalidad será estudiado en este caso también.

Para el profesor Atienza (1993), cuando nos habla sobre la justificación interna y la justificación externa:

La justificación interna se puede resolver sin salirse del campo de la lógica. La justificación externa es en gran medida el campo propio de la argumentación jurídica” (p. 45). Y, es que, de acuerdo al mencionado autor, mediante la justificación externa se fundamentan las premisas utilizadas en la justificación interna, que podría ser de diferentes tipos, como: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. En la fundamentación de premisas empíricas se recurre a métodos empírico racionales clásicos combinados con la carga de la prueba cuando corresponda. La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en verificar su adecuación al ordenamiento jurídico. La fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo corre a cargo de la “argumentación jurídica” propiamente dicho. (p. 46)

En particular, recogiendo lo que menciona el profesor Alexy (2010) sobre este tema, citamos:

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo (...) La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo sirve lo que puede designarse como “argumentación jurídica”. (p. 319)

Sobre el tercer tipo de premisa que se pone R. Alexy, cabe resaltar que es ahí donde se desataca mayormente la argumentación jurídica, ya que no solo va a resaltar la interpretación adecuada de la norma sino en la validez de dicha norma sobre todo el ordenamiento jurídico (valiendo esto también para los argumentos empíricos). Cabe resaltar que entre estos tres tipos de premisas hay interconexiones; a continuación, y teniendo como base lo que menciona el autor referido en su libro *Teoría de la Argumentación Jurídica*, es bueno desarrollar lo que se desprende de las terceras premisas, aquellas que no son reglas del derecho positivo y tampoco enunciado empíricos.

2.15.4.2.1 Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa. Sobre este extremo, es necesario desarrollar lo que comprende por ello el profesor Alexy (2010); al respecto menciona que las reglas y formas de justificación externa pueden clasificarse en seis:

- a) De interpretación (ley)
- b) De la argumentación dogmática (dogmática)
- c) Del uso de los precedentes (precedente)
- d) De la argumentación práctica general (razón)
- e) De la argumentación empírica (empirie)
- f) Formas especiales de argumentos jurídicos. (p. 320)

En cuanto a los cánones de interpretación (a), ella consiste en indicar esta forma de argumentación en el discurso jurídico; al respecto, el autor mencionado refiere que, son seis grupos en lo que dichos cánones pueden desarrollarse: (i) semántica, (ii) genética, (iii) histórica, (iv) comparativa, (v) sistemática y (vi) teleológica.

Con respecto al argumento semántico (i), podemos indicar que se basa en la interpretación del lenguaje natural o técnico; muchas veces es suficiente para demostrar que una decisión es correcta o no. En cuanto al argumento genético (ii), la misma corresponde a la voluntad del legislador (aunque a veces no es frecuente determinar esa voluntad ya que ocurre que la mayoría parlamentaria puede que no tenga idea de los productos legislativos). En el argumento histórico, hace mención a la historia del problema jurídico discutido (se necesita la condición de que ya se haya practicado una determinada solución al problema y que las mismas no hayan sido indeseables). En el argumento comparativo, se toma como referente el estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad (al igual que el argumento histórico, exige al menos una premisa normativa y varias empíricas). En el argumento sistemático, entra a tallar la relación lógica y teleológica de una norma con otras normas, fines y principios (se prefiere relaciones lógicas). En el argumento teleológico, “presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad,

intención, necesidad práctica y fin” – fines no de personas, sino fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. (Alexy, 2010)

Sobre el tema de la argumentación dogmática (b), conocida como dogmática jurídica o dogmática del derecho, esto mezcla mínimamente tres actividades: (i) descripción del derecho vigente, (ii) su análisis sistemático y conceptual, (iii) la elaboración de propuestas para la solución de casos de casos jurídicos problemáticos; siendo sus dimensiones la empírico – descriptiva (prognosis de praxis de tribunales y voluntad fáctica del legislador), analítico – lógica (conceptos jurídicos y relaciones entre normas y principios) y pragmático – normativa (quien critica una decisión judicial debido a sus defectos prácticos y propone una contrapropuesta).

Por tanto, en palabras de Alexy (2010) “la dogmática jurídica es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen contenido propio”. (p. 353)

Con respecto al uso de precedentes (c), este sería uno de los aspectos esenciales de la argumentación, lo que siempre se ha discutido es su valoración teórica (centrándose en si son fuente de derecho); la característica del precedente es la universalidad (aunque la primera dificultad es que nunca hay dos casos exactamente iguales), aunque para quien quiera apartarse de ello se tiene lo que se conoce como la carga de la argumentación (se adviertan hechos especiales o falta de determinados hechos). El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente, señalando para la utilidad dos cosas que son

diferentes: *distinguishing* (interpretar la norma conduciendo a que el precedente no sea aplicado al caso, pero sí se respeta su vigencia), *overruling* (consiste en el rechazo del precedente).

En cuanto al papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico (d), resulta común que en lugar de argumentos prácticos se utilicen enunciados dogmáticos o de los precedentes, siendo que esta argumentación puede ser necesaria en los siguientes casos:

(1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling*, y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna. (Alexy, 2010, p. 390)

Sobre la argumentación empírica (e), consiste en explicar de que todas las formas de argumentación incluyen enunciados empíricos, siendo que hay enunciados que incluso se toman de otras ramas (medicina, psicología, sociología, etc.); aquí hay una regla de transición, de que cualquier pueda pasar a un discurso empírico o a un discurso jurídico; reconociendo que este último es más amplio que el primero.

2.15.4.2 Argumentos creativos. Este tipo de clasificación nosotros lo hemos encontrado en el libro del profesor García (2017), denominado “Razonamiento Jurídico y Argumentación”, y nos ha parecido importante ya que como él menciona, aparte del argumento interpretativo que se puede preferir o se elige dentro de las múltiples opciones existentes,

debido a que aquel cunde en una mejor justificación para la aplicación del dispositivo (siendo que ellos se dividirían en criterios y reglas), paralelo a ello, existen los argumentos creativos, los mismos que se emplean “para justificar que el caso se resuelva aplicándole una norma nueva, una norma que no estaba entre las normas de derecho positivo que integran ese sistema jurídico de que se trate”. (p. 195)

Así es que, las situaciones para dar lugar a los argumentos creativos son dos, los cuales procedemos a desarrollar:

Que haya una laguna o que se cuente en el derecho positivo con norma aplicable, pero que no se estime justo o conveniente aplicarla, de modo que se reemplaza por otra que para la ocasión se crea. (García, 2017, p. 195)

Al respecto, el profesor Dehesa (2007), citando a Javier Ezquiaga Ganuzas, menciona al respecto:

Una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado. Lo característico de la laguna es, por tanto, que un caso no está regulado por el derecho debiendo estarlo, es decir, no caben lagunas en abstracto, la laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta. (p. 76)

En efecto, estos argumentos creativos entonces se basarían solo cuando se dan las dos condiciones materiales expuestas; al respecto, sobre la laguna, cabe afirmar que la misma se

da cuando ante la superación de los hechos sobre un precepto normativo, no existe un dispositivo que pueda calzar dentro de la configuración del enunciado legal.

La laguna se ha reconocido bajo el latinismo *non liquet* (no está claro), pero aún sobre ello el juez está obligado a dictar sentencia. Sobre ello, García (1017) indica que, lo que el juez debería efectuar es crear una norma, siendo que para ello utilizará dos mecanismos:

- Analogía o argumento analógico o *a simile*
- Argumentos a fortiori (*a maiore ad minus* y *a minore ad maius*). (p. 196)

Para el caso de la analogía o *a simile* lo que se necesita es que concurra simultáneamente: a) similitud entre el caso no regulado y otro si regulado por una norma y, b) que haya identidad de razón (que compartan el mismo fin); para el segundo requisito (b), innegablemente que tendría que utilizar la interpretación teleológica (pretende hallar la finalidad o propósito buscado por la norma) del dispositivo que ya se encuentra en el ordenamiento y que se requiere aplicar para el caso lagunoso. A su vez, cabe mencionar que esta analogía se le denomina analogía *legis*, pero existe otro tipo de analogía cuyo título es analogía *iuris*, el mismo que hace mención no a la norma expresa sino a los principios generales del derecho.

Ahora, en cuanto a los argumentos a fortiori, esta tendría dos formas de expresarse, denominadas *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*; sobre la ambas, se expone:

El argumento *a maiore ad minus* se usa para extender permisos y viene a decirnos esto: si está permitido lo más, con mayor razón está permitido lo menos. Pongamos algún

ejemplo de nuestra invención. Imagínense que hay una norma positiva que dice que en los estadios de fútbol está permitido entrar portando bebidas alcohólicas. Pero ninguna norma dice nada de si se puede o no meter botellas de agua en tales recintos. Hay, pues, una laguna sobre este extremo del agua. Podríamos colmarla justificando mediante un argumento *a maiore ad minus* la creación de una norma que permite entrar con agua: sí está permitido lo más, como es el alcohol, con mayor razón estará permitido lo menos, el agua. (García, 2017, p. 199)

Para lo antes expuesto también se hace necesario una interpretación teleológica previa (para el caso por ejemplo podríamos analizar si el objetivo es saciar la sed o fomentar el comercio). A su vez, paralelo al argumento *a maiore ad minus*, encontramos al argumento *a minore ad maius*, el mismo es útil para extender restricciones a derecho, o limitarlos de plano, siendo que su fórmula se expresaría en “si está prohibido lo menos, con mayor fuerza estará prohibido lo más”. En el mismo ejemplo anterior, donde García Amado (2017) exponía sobre el *maiore ad minus*, ahora explicamos el argumento *a minore ad maius*, cito:

Supóngase que hay una norma que prohíbe acceder a los estadios con armas blancas (puñales, cuchillos, navajas, dagas, bayonetas ...) y que no hay norma ninguna que diga nada de las armas de fuego. Sobre las armas de fuego existe, pues, una laguna. Así que un sujeto intenta entrar al estadio en día de partido con una escopeta de cañones recortados o con un fusil. Ante la objeción del portero que no le permite el paso, podría preguntar ese señor que dónde dice que con armas de fuego no cabe el acceso. Cualquiera, un también un juez, le podría contestar de ese modo: si está prohibido lo menos, con mayor razón estará prohibido lo más. (2017. p. 200)

Aquí, tal como lo hemos precisado, debería efectuarse como mecanismo la interpretación teleológica, ya que los objetivos que se persiguen son los que van a justificar la aplicación del método.

Hasta aquí, reconociendo que los argumentos creativos se dan por lagunas y en segundo lugar porque el derecho positivo no es justo o conveniente, es que hemos evaluado la primera condición (lagunas); entonces, nos toca tratar sobre la imposibilidad de aplicar el derecho positivo (denominado también laguna axiológica), al respecto, el profesor García (2017) reconoce:

Se dice que hay tal cual cuando las normas positivas sí contienen solución para un caso, caso cuyos hechos, por tanto, son subsumibles bajo los términos de una norma del sistema, pero dicha solución normativa parece claramente injusta para ese caso en concreto. Lo que se pretende, entonces, es justificar que se haga una excepción a la aplicación de la norma que viene al caso, a fin de que no prevalezca dicha norma, sino la justicia. (p. 200)

Sobre este extremo no vamos a ingresar a una discusión entre los iuspositivistas y los iusmoralistas; lo que podemos indicar es que siempre se ha recurrido a dicha fórmula, incluso en la legislación peruana, al interpretar la Constitución misma; por ejemplo, actualmente el debate sobre si el artículo 117 de la Constitución contraviene el Tratado sobre la lucha contra la corrupción de la ONU; sobre ello, se viene proponiendo que se aplique la norma internacional sobre la norma nacional; a nuestro parecer, esta propuesta no mantiene un estricto estudio sobre lo que es el control de convencionalidad, es más, no sostiene fundamentación del derecho internacional público que respalde tal afirmación, tal como está diseñada; debido a

ello, es que nos impulsamos a crear una estructura para que pueda aplicarse el control de convencionalidad.

Nosotros, para poder explicarnos mejor sobre los argumentos creativos que propone García Amado, hemos hecho un cuadro que a continuación se propone:

Figura 5:
Cuadro de argumentos creativos

Argumentación creativa		
1.- Laguna propiamente dicha		2.- Inaplicación del derecho positivo por ser injusto (laguna axiológica)
a) Analogía o argumento analógico o <i>a simile</i>	b) Argumentos <i>a fortiori</i> (a <i>maiore ad minus</i> y a <i>minore ad maius</i>).	
- Analogía <i>legis</i> - Analogía <i>iuris</i>	- <i>A maiore ad minus</i> - <i>A minore ad maius</i>	

Nota. Elaboración propia

Si es que en el control de convencionalidad se desea aplicar una argumentación creativa, debería tenerse en cuenta la fundamentación explicada, y las condiciones expuestas sobre la materia.

2.15.5. Discurso Jurídico

Tal como hemos mencionado, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general; y, para el profesor Alexy (2010), el discurso jurídico puede ser contemplado de muy diferentes maneras, desde una perspectiva empírica, analítica o normativa; a continuación, indicamos una síntesis de lo que se entendería por ello:

La perspectiva es empírica si en ella se describen o explican, por citar solo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos (..) las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actual jurídico, especialmente del judicial (...). La perspectiva es analítica si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles. Es, finalmente, normativa, si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico. (p. 45)

Como puede evidenciarse, tienen mucho en común el discurso práctico en general con el discurso jurídico, ambas tratan sobre la correlación de enunciados normativos, pero el rasgo principal es que esta último mantiene es la vinculatoriedad al derecho vigente. A su vez, el discurso jurídico es un caso especial, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras, algunas de esas condiciones es la sujeción a la ley, los precedentes, su encuadre a la dogmática, las reglas del ordenamiento procesal (desarrolladas anteriormente).

Aquí también, es pertinente destacar la diferencia entre la argumentación jurídica y lógica jurídica, la primera de ellas tiene mayor alcance que el silogismo lógico, la

argumentación efectúa un estudio desde la sociología, la psicología, la historia. Aunque, a fin de profundizar un poco sobre la lógica jurídica, y recogiendo lo señalado por el profesor Atienza (2005), mencionaríamos que “la lógica jurídica estaría constituida por la *lógica del derecho*, que se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico, y por la *lógica de los juristas*, que se ocupa del estudio de los diversos razonamientos o argumentos de los juristas teóricos o prácticos”. (p. 26)

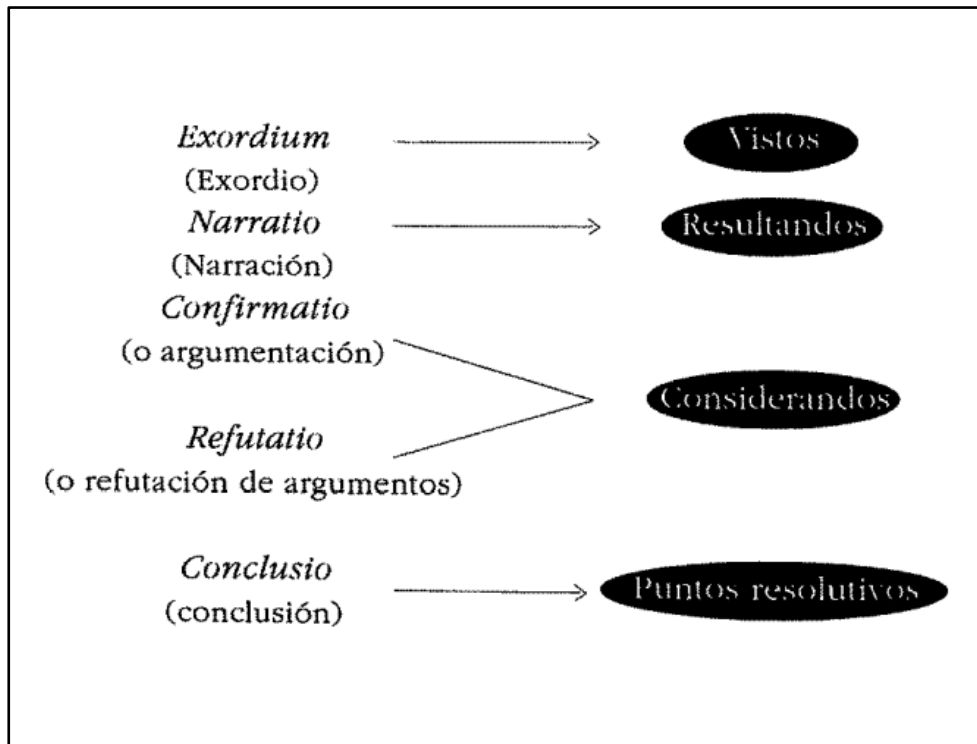
El discurso jurídico proviene de discusiones jurídicas, las mismas que pueden desarrollarse bajo debates de ciencia jurídica (dogmática), deliberaciones de los jueces, debates antes tribunales u órganos legislativos, en comisiones o comité; también están las discusiones jurídicas entre abogados, o la que se desarrolla en base a problemas jurídicos en los medios de comunicación, siempre y cuando aparezcan argumentos jurídicos.

A su vez, en sede jurisdiccional, que es a lo que nos avoca en la presente tesis, y tal como lo dice el profesor Dehesa (2007):

La sentencia es, en esencia, un discurso jurídico que resuelve una controversia, en donde el órgano jurisdiccional es el orador principal, en consecuencia, para que ésta sea eficaz desde el punto de vista de la argumentación, necesita ceñirse a las estructuras lingüísticas que gobiernan el desarrollo del discurso. (p. xvi)

A su vez, el autor citado nos menciona que la construcción del discurso jurídico se graficaría de la siguiente forma:

Figura 6:
Gráfico del discurso jurídico en una sentencia



Nota. Adaptado de Dehesa, 2007, p. 86

Entonces, el discurso jurídico es parte del discurso práctico general, siendo que para su desarrollo se ha propuesto la justificación interna y externa anteriormente expuesta en los capítulos precedentes.

De igual forma, cabe recordar que, la principal diferente del discurso jurídico es que este se basa en la vinculatoriedad del derecho vigente, teniendo también a la pretensión de corrección como parte conformante del mismo, pero una pretensión de corrección ligada al ordenamiento jurídico que puedan ser racionalmente fundamentadas (en donde se desarrolla la estructura de la argumentación jurídica anteriormente expuesta).

2.15.6. Fórmula del peso

Es pertinente tocar esta tesis de la fórmula del peso, ya que viene siendo utilizada de forma muy constante por la jurisdicción local y regional; al respecto, cabe precisar que el profesor Alexy (2010) parte de referir sobre esta teoría, lo siguiente:

Existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Mientras la subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación, aún hay muchas preguntas por responder. Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuando más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad (...) El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho. (p. 547)

El hecho de la ponderación es lo que se refiere a la fórmula del peso; y la misma tiene que ver con la diferenciación entre normas y los principios; sobre ello, Dworkin (1989), en su libro *Los Derechos en serio* expone: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia”. (p. 77)

A su vez, Alexy (2010) menciona que “las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos (...) por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”. (p. 458)

De acuerdo a lo expuesto, podemos inferir que los principios mantienen una importancia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, siendo que los mismo son mandatos de optimización.

Cuando existe conflicto entre reglas, Dworkin (1989) nos refiere que se hace de utilidad las condiciones de norma superior, posterior, especial, e incluso el criterio de fundado en un principio; ello a fin de brindar una salida a tal conflicto. Pero, cuando hay conflictos entre principios, acontece lo siguiente:

Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.
(p. 77)

Justamente para resolver estas controversias que existen entre principios y poder evaluar una conclusión racional ante ello, es que se presenta la fórmula del peso con la ejecución del principio de proporcionalidad; justamente este principio tiene tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto.

De igual forma, cabe resaltar que, a efectos de ejecutar ese principio de proporcionalidad junto a sus tres subprincipios, existe una máxima de debería cumplirse: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”. (Alexy, 2010, p. 460)

Estando a que una vez aplicada esa máxima, como segundo paso se deberá definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; estando a que el tercer paso consiste, en definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

2.15.7. La argumentación como herramienta para aplicación del control convencional

Justo este extremo constituye una de las razones porque es importante nuestro trabajo; el proponer la argumentación jurídica como parámetro de la aplicación del control convencional será en un futuro una de las maneras de poder aplicar en mejor medida dicha figura.

Conocido es que, el control convencional tiene de por sí varios puntos aún por esclarecer como teoría o doctrina novedosa; y justamente es la argumentación jurídica la que puede coadyuvar a que, no de forma externa sino interna, en su aplicación concreta, colabore con darle más legitimidad, claridad y prestigio.

Sobre el punto que conecte la argumentación jurídica con el control de convencionalidad también existe una doctrina no muy amplia; es por ello que citaremos mayormente artículos relacionados a ello y a su vez trataremos de conectar esta figura con la logicidad que nos brindan los autores reconocidos del discurso jurídico.

2.15.7.1. Utilización implícita de los principios. De acuerdo a Castellanos (2021) menciona que, la tradición del positivismo con el control concentrado de la constitucionalidad, poco a poco fue variando; siendo que:

Por diversas vías, se expandieron nuevos enfoques o paradigmas denominados según el campo de su adopción: neoconstitucionalismo, garantismo, derecho procesal constitucional, derechos humanos, control de convencionalidad u otros. Pero que tuvieron en común, como herramientas para su desarrollo, la interpretación y la argumentación. (p. 777)

De esta forma es como también comenzó a tener más prevalencia la Organización de Estados Americanos mediante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y la propio Corte Interamericana de Derechos Humanos; justo estos organismos son en quienes descansa el desarrollo del control de convencionalidad.

En el Perú, el impacto de la resolución del caso de Barrios Altos y la Cantuta trajo consigo que ligadamente a ello se tenga que debatir implícitamente de argumentación jurídica. Tanto como en México, el caso de Rosendo Radilla Pacheco, marcó no solamente un avance sobre el desarrollo de conceptos como el bloque de constitucionalidad o el de parámetro de regularidad constitucional, sino que se adoptó con el lo que se reconoce como argumentación jurídica y la prevalencia de los principios. De igual forma, en Chile, con uno de los casos iniciales (con el de Almonacid Arellano), también se introduce implícitamente las técnicas de argumentación jurídica.

Y es justamente lo que hemos referido, el control convencional provocó que se institucionalice el método de la argumentación jurídica en cuanto se hace prevalecer a los principios; siendo que por defecto las otras reglas también se aplican para el caso. Cabe reiterar que, de forma concentrada quien realiza dicho control es la propia Corte IDH, pero de manera

difusa el Tribunal Constitucional peruano (los demás países la entidad que corresponda) también la aplican, siendo reconocido ello por el profesor Sagües como el control de supraconstitucionalidad.

2.15.7.2. Utilización la logicidad para el control de convencionalidad. El control de convencionalidad también está sujeto a las reglas de la logicidad formal (conocido como justificación interna en el presente trabajo), al respecto, el profesor Loutayf (2018) indica:

No es común tratar el control de constitucionalidad juntamente con el control de logicidad. Sin embargo, parece claro que ambos institutos se coimplican. Para que exista un adecuado control de constitucionalidad debe, al mismo tiempo, existir un estricto control de logicidad en el razonamiento judicial que lo efectúa para lograr una adecuada interrelación entre el medio y el fin buscado. Por ello resulta necesario tratar este tema para completar los supuestos implicados e el control de constitucionalidad.

(p. 11)

Lo expuesto se debe a que en la actualidad existe un deber de motivación, de la utilización de un razonamiento correcto; entonces, el control de logicidad involucra también cuando se aplica el control de convencionalidad, siendo que a entender del autor mencionado “el control de logicidad tiene por objeto extirpar *errorer in cogitando*, que constituyen una patología lógica de la sentencia” (Loutayf, 2018, p.11)

A su vez, el profesor Loutayf (2018), al citar al jurista Fernández, nos menciona que “la fundamentación lógica de la sentencia no se limita tan solo al respeto por los principios de la lógica clásica (identidad, tercero excluido, no contradicción y razón suficiente), sino

también, a la teoría de la argumentación, para evitar incurrir en desatención de sus reglas”. (p. 12)

Y es que toda sentencia es una unidad lógico – jurídica, por tanto, el juicio que realiza cualquier juzgador debe ser racional, y no basado en el sustento ilógico. Al respecto:

Como señala Carnota, ha sido la escuela de Córdoba, con exponentes de la talla de Alfredo Fragueiro, Alfredo Poviña, Olsen Ghirardi, José Cafferata Nores y Armando S. Andreut (h.) entre otros, los que a través de diversas obras han insistido sobre el “control de logicidad” en los pronunciamientos judiciales, quienes han resaltado la importancia de la coherencia lógica que deben exhibir las decisiones de los jueces, las que, a más de ser congruentes con el ordenamiento jurídico en su conjunto, como lo exigen los principios de supremacía constitucional, legalidad y razonabilidad, entre otros, deben respetar reglas básicas de la lógica, como la identidad, la no contradicción, el tercero excluido y la razón suficiente que lleven a la conclusión de que estamos frente a un “razonamiento judicial correcto” y no a uno errado o desviado (Loutayf, 2018, p. 15)

Se deja en evidencia que las sentencias que promuevan el control de convencionalidad deben mantener los requisitos de logicidad también; esto al ser elemento de la argumentación jurídica; siendo que tales reglas o pautas ya han sido expuestas al momento de tocar la institución de la estructura de la argumentación.

2.15.7.3. Control convencional mediando “cosa juzgada” o “cosa interpretada”.

En un artículo del jurista Sagüés (2022), denominado “Hacia un reencuadre conceptual del control latinoamericano de convencionalidad. En particular, sobre su papel constructivo o

positivo”, quien quizá con mayores luces siempre propone propuestas ordenadoras sobre el control de convencionalidad, encontramos que, si bien existe un problema de clasificación sobre el control mencionado, hay dos distinciones que postulan con mayor franqueza, el de la distinción entre la aplicación externo o regional, y el interno o nacional; y en segundo plazo está la distinción entre “cosa juzgada” y “cosa interpretada”.

Tal como lo dice el mismo autor, estas funciones lo que hacen es contribuir a que se fomente un papel constructivo, una positivización predictiva y previsible sobre el control precitado.

Siendo que nos encontramos dentro del rubro de la argumentación y el control convencional, y estando a que la primera división (regional y local) ya lo hemos analizado anteriormente, pues consideramos sustancial el tomar en cuenta la distinción entre “cosa juzgada” y “cosa interpretada”; siendo que incluso esta última va a servir de base para la evaluación que hagamos de los principales casos en el país.

La distinción entre “cosa juzgada” y “cosa interpretada” proviene de la resolución de fecha 20 de marzo del 2013, sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, del caso de “Gelman vs Uruguay”, en la misma, en su considerando 67, se indica las formas en las que se puede ejercer el control de convencionalidad:

De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a

que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

Para una mejor explicación vamos a explicar a continuación como se desarrolla el control de convencionalidad en los dos rubros

2.15.7.3.1. Mediando “cosa juzgada”. En este rubro, pues no cabe mayor cuestionamiento o estudio, que partir desde las premisas básicas de la ejecución de sentencias sobre causas en las que uno es parte, ya que, porque se encuentra dentro de un conflicto jurídico, o esta en situación de que le sea aclarada alguna incertidumbre. En esta condición es que el profesor Sagüés (2022) indica que aquí hay cosa juzgada internacional, estando a que las partes han tenido la oportunidad de ser escuchados y de haber presentado pruebas, siendo que “corresponde el cumplimiento legal e íntegro del fallo condenatorio”. (p. 499)

Lo mencionado sobre la cosa juzgada internacional, se encuentra regulado en el artículo 67 de la CADH, en donde se expone que el fallo es “definitivo e inapelable”, y en el artículo 68 del mismo cuerpo menciona que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Entonces, respecto a la cosa juzgada no hay más vuelta que darle, el Estado se encuentra obligado por disposición del mismo Pacto; siendo que si no se cumpliera el fallo los resultados en la historia de la Corte IDH no han sido beneficios para los países, al respecto, se recuerda:

Históricamente ha habido casos de renuencia de cumplimiento, como los de Perú en 1999, donde algunos tribunales de ese país imputaron a la Corte regional violar el mismo pacto de San José de Costa Rica (CADH) y la constitución y las leyes peruanas,

o de Venezuela durante el régimen chavista, prácticamente con iguales imputaciones. En 2017 la Corte Suprema Argentina negó competencia al tribunal regional para que este le ordenara revocar una sentencia suya, y además puntualizó que ningún tratado internacional o decisión de organismos internacionales podía vulnerar el orden público constitucional (art. 27 de la ley suprema), cosa que ocurría si se negare a condición de la Corte nacional como suprema, e intérprete final de la constitución argentina. (Sagüés, 2022, p. 499)

Es cierto que cada conflicto terminó de manera diferente, tal como lo recuerda el autor mencionado; en Perú existió una sucesión presidencial ante la renuncia del exmandatario Alberto Fujimori y se ejecutó las sentencias; Venezuela, como es sabido, denunció el tratado y terminó retirándose; y en cuanto a Argentina, indicó que:

La corte nacional no debía necesariamente revocar un fallo suyo, sino dejar constancia marginal en el protocolo respectivo de que el mismo habría sido reputado inconvencional por la Corte Interamericana. La Corte doméstica aceptó esa vía de arreglo. (Sagüés. 2022, p. 499)

Este camino, como indicábamos se encuentra definido incluso por la misma CADH, siendo que en su artículo 65 se menciona que la Corte debe llevar un informe anual a la Asamblea General donde “De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Esto vendría a desenvolverse como un asunto diplomático.

2.15.7.3.2 Mediando “cosa interpretada”. Este extremo es el que nos va a causar mayor desarrollo, ya que al no recaer entre los estados partes en conflicto, se tiene que parametrar en qué momento es de aplicación la interpretación que hace la Corte IDH para todos los Estados.

Sobre ello, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), fundamento 124, se precisa de forma inicial que los Estados partes deben cumplir lo resuelto por la Corte, por más que ellos no formen parte de la relación sustancial, cito:

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

Como se deja evidenciar, conminan a que los demás estados tengan que guardar actuación con los fallos que emite la Corte por más que no sean parte procesal de los casos que se resuelvan. Esta asunción de oficio por parte de los Estado también fue reiterada por la Corte IDH en el caso de “*Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*” (2006), entre otros.

Tal como lo indica el juez de la Corte IDH, el profesor Mac – Gregor (2022), las sentencias interpretativas de la Corte IDH cuentan con resultados *erga omnes*; siendo que dichos fallos se fortalecen al ser considerados como normas obligatorias para los agentes del sistema interamericano. Aquí, es claro que existe un problema a considerar, resulta que muchos juristas (como también Estados) sobre esta interpretación aducen que el tratado de la CADH solamente se ha firmado para darle posibilidad determinante a la Corte IDH sobre los países cuyo conflicto resuelva, así se explica el artículo 68 del mencionado Tratado “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

Sobre esa literalidad, que claramente excluiría una interpretación afectable de los intereses de los Estados miembros, es que la Corte IDH ha referido que es la última en interpretar la CADH, y haciendo una interpretación *mutativa por adición* brinda un contenido al artículo 68 que originariamente no lo tenía.

Es conocido que el control de convencionalidad, hace que el reflejo de las normas y principios de la CADH irradian en la legislación local; pero no solo en la normatividad, sino en los actos o uso de estos últimos; al respecto, el profesor Sagiés (2022) menciona:

Esta variante de control de convencionalidad obliga a comparar entre un material controlante (CADH, tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, reglas de *jus cogens* – derecho internacional imeprativo, opiniones consultivas de la Corte IDH, lineamientos jurisprudenciales del mismo Tribunal) y un material controlado (normas nacionales, incluso constitucionales; prácticas, usos, interpretaciones jurídicas

locales, actos, también omisiones). De haber incompatibilidad, el segundo material, el controlado, no debería aplicarse. (p. 502)

Aquí es donde podemos ver una de las condiciones para aplicar de forma argumentativa el control de convencionalidad; siempre que exista incompatibilidad; entiendo por ello como incompatibilidad insalvable, insuperable. Tanto es así que, al aplicarse el control sobre la norma o acto local es que se reclama que sea abolido, en extremo caso ordena que se tenga que derogar.

Entonces, hasta aquí podemos colegir que la condición para que se aplique el control de convencionalidad es la condición del conflicto insalvable que deba tener la norma o acto interno con la CADH; a su vez, otro factor para aplicar el control de convencional (siempre debatible hasta la actualidad), es quien está legitimado para ejecutarlo en la justicia local; al respecto, si bien ello ya lo hemos tratado anteriormente en otros capítulos, aquí nos atrevemos a sumarnos a ese criterio por el que optan la mayoría de juristas, quienes consideran que se le debe dar esa posibilidad solo al órgano interno que tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma o reformarla. Al respecto, sobre esto, se propone, por ejemplo, que quien no sea competente, derive el caso a quien sea competente a fin de que pueda ejercer dicho control.

Lo que denomina Sagüés como “hipótesis de res interpretata”, hace mención a la insalvabilidad de lo que habías indicado anteriormente; es decir, esta figura de la hipótesis vela para que no se derruyan fácilmente las normas internas por el control convencional, sino que intente bajo las reglas de interpretación adaptarlas, amoldarlas, encajarlas dentro de los márgenes del control regional.

Esto de la “hipótesis de res interpretata” se basa en inicialmente en la Opinión Consultiva OC-20/09, donde se indica: “(n)o puede basarse en una interpretación puramente gramatical del texto. (La Corte) debe procurar una interpretación que sea armónica con la forma natural y razonable de leer el texto”. De esto podemos indicar que la contravención que exista en el control entre la norma regional y la local debe ser insalvable, supeditándose a la interpretación conforme.

Uno de los casos donde se utilizó tal desarrollo, sobre el control de convencionalidad y la interpretación conforme, fue en el caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* (2009), en la página 92 menciona:

Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

De acuerdo a lo que indica el profesor Sagüés (2022), la tesis mencionada se conforma de las siguientes razones:

a) unidad del derecho; la norma inferior no debe ser entendida en solitario, sino en correspondencia con la norma superior; b) temor al vacío (*horror vacui*): una declaración de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad produce una suerte de

“agujero negro” en el ordenamiento jurídico, consistente en un ámbito jurídico que pierde normatividad, con el consiguiente riesgo de incertidumbre sobre la regulación del espacio lagunoso; c) presunción de constitucionalidad de las leyes, y de convencionalidad de las reglas vigentes en el derecho interno, tesis que lleva al principio de “máxima conservación de las normas”: en lo posible, deberán preservarse y no destruirse; d) problemática ideológica de los órganos jurisdiccionales (que al contar, para algunos, con un déficit de solides política, por no ser electos popularmente, no deberían, también en la medida de lo razonablemente posible, inmovilizar la acción de cuerpos legislativos o electos comicialmente mediante declaraciones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad. Para conseguir esta meta, los tribunales tendrían, dentro de los límites de lo razonable, que procurar modular y reinterpretar las leyes, por ejemplo, según la constitución y convenios internacionales, antes que invalidarlas. (p. 503)

Queda claro que, la línea que trata de indicarse para aplicar el control de convencionalidad, es que exista una evidente contradicción entre la norma regional y la local, y el segundo paso para ello es que aún sobre esa abierta contradicción, es que no sea salvable por interpretación alguna. Cuando sí se pueda aplicar la norma inferior con la convencional, a ello se denominaría interpretación conforme.

He reconocido que hay varias fórmulas para salvar la interpretación conforme que antes hemos mencionado; uno de ello es el de la selección de interpretaciones, al respecto, de las muchas interpretaciones que nos produce esa norma que la comparamos con la convencional, adoptamos la que se más cercana al texto de la misma CADH y a la exégesis de dicho dispositivo. A su vez, una segunda técnica es la de interpretaciones mutativas, en ese caso, si

bien el texto literal permanece, el contenido de la norma varía, su significado, sus alcances; sobre la mutativa existen los siguientes tipos; la aditiva (se aumenta o amplía su contenido en algún aspecto), sustractiva (se le limita en algún sentido), o mixta (llamada también como sustitutiva, en donde se le quita algo y se le añade algo).

A todo este proceso que no mutila la normatividad interna o local se le llamada control constructivo de convencionalidad, a diferencia de aquel control que deja sin efecto las normas de los Estados o se ordena que sean derogadas, a ello se le denomina control represivo (caso Casa Nina vs Perú).

Entonces, digamos que la misma Corte IDH lo que prefiere es el control constructivo de convencionalidad; siendo que para que dicho control se aplique necesita de la argumentación jurídica, dentro de ello hará uso de las técnica de esta última institución, como de la regla de logicidad (justificación interna), de ponderación de principios (justificación externa), evaluación del órgano legitimado para aplicar el control, la contradicción evidente e insalvable para lo cual se aplicará la interpretación conforme (selección interpretativa e interpretación mutativa).

2.16. El control de convencionalidad y la argumentación jurídica en el Perú

Se conoce que nuestra primera experiencia cercana con el control de convencionalidad se ha dado en los años noventa (fallo de la jueza Antonia Saquicuray que declaró inaplicables las leyes de amnistía que dificultaban la investigación al grupo Colina – Caso Barrios Altos y la Cantuta); aunque cabe ser honesto que no se tenía la amplitud doctrinaria que se sustenta, y menos aún se habían desarrollado las condiciones de aplicación que hemos referido. Desde ese

momento a la fecha, la doctrina es unánime en reconocer que ha existido un avance progresivo sobre la utilización de dicho criterio a nivel de la Corte Suprema, como también del propio Tribunal Constitucional.

En el Perú el control de convencionalidad se matiza de forma muy precisa con el control constitucional, y ello se debe a nuestra legislación, ya que en interpretación de nuestra Constitución los derechos provenientes de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, siendo incluso que mantenemos un *numerus apertus* de derechos fundamentales que acogemos.

El Tribunal Constitucional describió en detalle el control de convencionalidad en la Sentencia de expediente número 04617-2012-PA/TC (Caso “Panamericana Televisión S.A. vs SUNAT”); en dicho fallo se asimila al control de convencionalidad tan o igual de jerárquico que el control de constitucionalidad; es más, describe su aplicación concentrada (vertical) o difusa (horizontal); aunque su ejecución en este caso fue muy polémica, ya que se deseaba hacer una analogía de este caso con el Caso “Ivcher Bronstein vs Perú”, el cual tenía un contexto y contenido diferente.

El Perú, antes de aplicar el referido control, en la época del gobierno del expresidente Alberto Fujimori se presumió en retirarse de la competencia de la Corte IDH, lo cual tuvo a bien corregir su predecesor. Al respecto nos comentan Belaunde y Palomino (2013):

En el caso “Barrios Altos”, la Corte tomó nota de la situación de denuncia y del retiro de la competencia contenciosa presentada por el Perú: mediante una artimaña legal se aprobó la resolución legislativa 27152 con fecha 8 de julio de 1999, y el Congreso de

la República dispuso así el retiro inmediato del Perú de la competencia contenciosa de la Corte. El Gobierno peruano dejó de presentarse a la Corte y se desentendió de todos los procesos en curso. Cuando la causa llegó a la Corte, el Gobierno de Fujimori estaba en crisis y colapsaría poco después. El nuevo Gobierno, con una nueva composición de fuerzas políticas en el Congreso y presidido por Valentín Paniagua Corazao, derogó la Resolución Legislativa aludida, reconociendo al poco tiempo su competencia contenciosa y la responsabilidad del Estado peruano materia de las denuncias. (p.230)

La actitud de retiro de Perú a entender de Javier Valle – Riestra (2016) era nula ya que no podría haber retiro por medio de una Resolución Legislativa. Además, dicho jurista menciona sobre la validez de la competencia del Pacto de San José:

El Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas en julio de 1978 había ratificado el Pacto de San José pero sin reconocer explícitamente la competencia contenciosa de la CIDH. Por decisión constituyente de la Asamblea de 1979 en la cláusula XVI del texto de aquel año ratificó en todos sus extremos dicho Pacto, incluyendo el sometimiento a la Comisión y a la Corte. Fernando Belaunde depositó en Washington el instrumento ratificadorio. El Perú nombró sucesivamente como jueces ad hoc a Máximo Cisneros Sánchez, Manuel Aguirre Roca, Orihuela Iberico, Vidal Ramírez, Monroy Galvez, García Sayan, y obedeció todos los fallos hasta la subversión fujimorista. Fue así un acto constituyente que no puede dejar sin efecto el poder constituido simplistamente. Incurrirían los parlamentarios en una infracción constitucional y en una responsabilidad personal, más aún cuando existe la Opinión Consultiva 14/94 de la Corte Interamericana en que no solo considera una violación el

texto sobre pena de muerte de la Constitución de 1993, sino que impone responsabilidad internacional para los agentes o funcionarios que ejecuten el acto. (p. 258)

Los rezagos que nos dejó dicho actuar meramente político fue el que a la fecha tengamos una de las mayores cantidades de sentencias desfavorables provenientes de la Corte IDH, lo cual entra en materia de desprestigio. Aunque, cabe resaltar, que la conformación de nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina ligada a dicha rama ha ido realizando sumos esfuerzos para evolucionar y proponer al SIDH nuevas tendencias de mayor vigor sobre las competencias de la Corte.

2.16.1. El control de convencionalidad y su argumentación jurídica aplicado por el tribunal constitucional peruano

Si bien la Constitución Política del Perú de 1993 había obviado la literalidad del reconocimiento de los derechos humanos como parte esencial de nuestro sistema (originado con la Constitución de 1979), el Tribunal Constitucional peruano ha procedido a implementar progresivamente una afinidad con los postulados del SIDH, siendo que dicha función la ha efectuado mediante la hermenéutica y el soporte legal alterno.

El TCP se ha servido de su hermenéutica, para poder vincular cada vez más al Perú con el SIDH, y así aplicador el control convencional, una de las herramientas que le sirven de apoyo para dicha labor interpretativa es la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979, la cual menciona:

Cuarta.- 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.

Como podemos apreciar, el plexo descrito ordena que la parte dogmática de la Constitución tiene que guardar convergencia con los tratados de derechos humanos; lo cual hace posible el que el TC pueda acoger los postulados de la Corte IDH y de la CIDH mediante el *control de convencionalidad*. A su vez, es necesario referir que también posibilita esta armonización la existencia del artículo 3 de la Carta Magna mencionada, la misma refiere sobre derechos no enumerados o implícito, textual:

Artículo 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

A continuación, vamos a detallar algunos de los casos más resaltantes que ha visto el Tribunal Constitucional; cabe precisar que será en otro capítulo (discusión), donde veamos si hubo o no una aplicación adecuada, de acuerdo a las técnicas de argumentación y los parámetros de aplicación del control convencional.

2.16.1.1. Caso Alberto Cartagena. En opinión de la doctrina, la inicial sentencia que resalta la aplicación del control de convencionalidad vendría a ser la número 218-2002-HC (17.04.2022) en cuyo contenido el señor Jorge Alberto Cartagena Vargas objeta una sentencia

del fuero militar por el delito de terrorismo; en dicho fallo se puede apreciar que se rescata el derecho al juez natural reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la CPP y el inciso 1 del artículo 8 de la CADH, para mejor detalle citamos el extracto de dicho pronunciamiento:

1.- De acuerdo con el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho al juez natural, por lo cual “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”. Asimismo, dicho derecho es garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (...)

2.- De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

Esta sentencia e interpretación refleja que, antes de que la propia Corte IDH se pronuncie, el Tribunal Constitucional ya había determinado que las condenas por terrorismo impuesto a civiles por los tribunales militares eran contrarios al derecho de juez natural, el mismo que es reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, ya se aplicaba el control de convencionalidad.

Se hace esa precisión, ya que posteriormente hubo sentencias de la Corte IDH con igual matiz; pero, consideramos en este sentido, que siempre se han aplicado las reglas de mayor jerarquía sobre las de menor rango, eso es natural en la praxis procesal, pero el denominar a ese ejercicio como control de convencionalidad, y desde ahí despertar toda una institución, ello solamente se ha producido desde la Corte IDH.

2.16.1.2. Caso Barrios Altos y La Cantuta. Uno de los casos más sonados a nivel regional y nacional fue el de “Barrios altos” (2001) y “La Cantuta” (2006), en ambos, la Corte Interamericana si bien de forma expresa no aplicó el control de convencionalidad, pero implícitamente lo realizó al indicar que la existencia de normas (leyes de amnistía) contrarias a la CADH son nulas. Dichos procesos sirvieron para que el Estado peruano reabra los procesos contra el denominado grupo colina en sede ordinaria penal. Particular mención amerita el analizar la Sentencia del TC Nro. 679-2005-PA (25.05.2007) que resuelve la petición del señor Martín Rivas (miembro del “grupo colina”) sobre su derecho a favorecerse de una amnistía, si bien el TC desestimo tal pedido, es importante el citar su fundamento:

Las leyes de amnistía tampoco pueden expedirse en oposición a las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La capacidad de los tratados sobre derechos humanos para limitar materialmente las leyes de amnistía se funda en el artículo 55 y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución (...)

En ese sentido, bajo los parámetros de una tesis de la coordinación corresponde a este Colegiado analizar la legitimidad de dichas leyes de amnistía (...)

De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo

resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no sólo es de aplicación a los hechos que suscitaron el Caso Barrios Altos, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el Caso La Cantuta. (...)

De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no sólo es de aplicación a los hechos que suscitaron el Caso Barrios Altos, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el Caso La Cantuta.

Lo descrito no solamente advierte que el Tribunal Constitucional implícitamente venía aplicando el control de convencionalidad dejando sin efecto normas legales emitidas por el Legislativo, aunque como lo hemos dicho, sin la institucionalidad sobre tal figura; y a su vez, se evidencia que se direccionaba dicho control de forma general, incluso a actuaciones del poder público.

2.16.1.3. Caso Pedro Lizana Puelles. Otra sentencia del TC (relacionada el tema electoral) que demarca el control de convencionalidad aún no taxativo, es la referida al expediente Nro. 5854-2005-PA (8.11.2005), en donde el ciudadano Pedro Lizana Puelles buscaba que se revise la Resolución Nro. 315-2004-JNE (17/11/2004), siendo que en sedes ordinarias (PJ) se desestimó ya que el artículo 142 y 181 de la CPP indicaba que no eran revisables. Al respecto, el TC mencionó:

El artículo 173° de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análoga a los artículos 142° y 181 ° de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el JNE peruano a su homólogo. Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142° y 181 ° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención.

Así las cosas, una interpretación aislada de los artículos constitucionales sub examine, resulta incompatible con el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2 del reconocido Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el dispositivo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; como también, los artículos 8, 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, cabe resaltar que los ejemplos demostrados han sido revisados en la página del Tribunal Constitucional.

Cabe resaltar que el TC se sirvió de un pronunciamiento de la CIDH sobre dichos artículos que impedían la revisión, el Informe Nro. 119/99, caso Susana Higuchi Miyagawa (06/10/1999). A su vez, gran realce tuvo el caso “Yatama vs. Nicaragua” (2005) que reiteradamente cita en el fallo.

2.16.1.4. Caso Albero Quimper Herrera. En igual sentido, ya contemporáneamente, el TC ha aplicado el control de convencionalidad en el expediente Nro. 655-2010-PHC (7.12.2010), caso Alberto Quimper Herrera, en donde el ciudadano denunciaba que a fin de acusarlo penalmente se habían servido de interceptaciones telefónicas ilegales (conversaciones íntimas), el TC sirviéndose del caso “Escher vs Brasil” (2009) indicó que la vida privada se concreta con que sujetos distintos a los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones.

2.16.1.5. Caso Panamericana TV. Si bien hasta el momento se ha descrito la adecuada y progresiva aplicación del control de convencionalidad, pero hay casos en los cuales se ha mal utilizado el mencionado control. Ejemplo de dicho error es el recaído en la STC Nro. 4617-2012-PA (Caso Panamericana TV) en donde se utilizó como parámetro el caso “Ivcher vs Perú” (2001) y se exoneró a la empresa del referido ciudadano – Panamericana TV – las deudas tributarias, ya que al señor Ivcher fue favorecido por la Corte IDH a fin de que retome el control de la compañía referida, por tanto, no era responsable de la deuda tributaria que anteriormente se había calculado.

Se puede evidenciar que el Tribunal Constitucional ha venido aplicando un implícito control de convencionalidad, el mismo que ha facultado incluso el dejar sin efecto normas de la propia CPP (caso JNE); aunque también, es imperioso el denunciar que la mala aplicación de dicho control, su desnaturalización, puede conllevar a un fin contrario a la naturaleza protectora de derechos humanos que busca la Convención.

2.16.1.6. Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia. Fue el caso de prisión preventiva contra el exmandatario y su esposa, recaído en la sentencia del TC Nro. 04780-2017-PHC/TC

y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), ambos del 26 de abril del 2018, quienes estaban bajo una prisión preventiva ordenada por un juzgado ordinario; lo que acontece sobre esto, es que el Tribunal Constitucional sentó jurisprudencia sobre los requisitos que se necesitan para la prisión preventiva, y justo para efectuar ello se sirvió de los pronunciamientos que ya habría emitido la Corte IDH y la CIDH, es decir, el control de convencionalidad, jugó un papel importante sobre el resultado del fallo en mención; cito:

En esta línea de razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva "debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática" (Corte IDH. Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106; Caso Acosta Calderón v. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 106; Caso López Álvarez v. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 67; Caso Servellón García y otros v. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 88; Caso Yvon Neptune v. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 107; Caso Bayarri v. Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 69; Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121). En la misma inteligencia, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos establecen que "[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (Regla 6.1). 38. De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria

para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.

Este pronunciamiento sustentado en el control de convencionalidad fue uno de los que sirvió para modificar los requisitos de la prisión preventiva, siendo este el de la motivación calificada.

2.16.1.7. Caso Susel Paredes. La pretensión se basaba en pretender que el Estado peruano – RENIEC (Registro Nacional de Identidad y Estado Civil), reconozca su matrimonio junto a otra persona de su mismo sexo en la ciudad de Estado Unidos (Miami); tal causa recayó en la sentencia del TC Nro. 02653-2021-PA/TC, del 19 de abril del 2020.

Al respecto, si bien hay pronunciamientos de la Corte IDH en opiniones consultivas sobre el particular, beneficiando la unión entre personas del mismo sexo, pues en este caso en particular el TC peruano utilizó el control de convencionalidad, pero desde el sentido normativo, cito:

Finalmente, el inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por el Perú, dice: *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio (énfasis añadido)*. La Convención Americana no ampara tampoco la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Es indudable, entonces, que la Constitución - leída a la luz del inciso 1 del artículo 16 de la Declaración Universal; del inciso 2 del artículo 23 del Pacto Internacional; y, del inciso 2 del artículo 17 de la Convención Americana contiene la misma noción de matrimonio del Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. Al tener rango

constitucional, la noción de matrimonio según el Código Bustamante - es parte integrante del orden público internacional. Por tanto, no puede reconocerse en el Perú un derecho adquirido en el extranjero que colisione con esta noción.

Cabe precisar que resultó llamativo, la forma como desarrolló su argumentación sobre la Opinión Consultiva del año 2017 sobre Costa Rica, donde se avalaba el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo; al respecto el TC refirió:

Por otra parte, las demandantes sostienen que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al absolver una consulta formulada por Costa Rica, el 2017, ordenó establecer el "matrimonio igualitario- en todos los países americanos. Soslayan que tal opinión fue solicitada por Costa Rica para resolver un caso puntual, referido al cambio de nombre de una persona, que involucraba su identidad de género. Costa Rica no le pidió a la Corte Interamericana que legislara sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica, ni menos en todos los países del hemisferio incluso en los que no han suscrito el Pacto de San José—. Así lo hizo notar el voto singular del juez Eduardo Vio Grossi, que acompaña dicha opinión consultiva. Este dice que: *la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Parte de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta. (...) La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer.*

Este caso de por sí es muy particular, ya que inicialmente utiliza la norma convencional a fin de poder justificar su interpretación junto al mandato constitucional; pero, de igual forma,

hace presumir de que las opiniones consultivas no contienen control convencional ya que no son vinculantes; de este extremo nos avocaremos en la parte de la discusión de la presente tesis.

2.16.2. El control de convencionalidad y su argumentación jurídica aplicado por el Poder Judicial peruano

En el Perú se ha asimilado la posibilidad de que exista un control convencional difuso u horizontal. La propuesta es de este capítulo es ver procesos emblemáticos, donde se haya aplicado de forma principal tal principio, mas no como argumento secundario.

2.16.2.1. Caso sobre discapacidad. Al respecto, se tiene el caso recaído en el expediente Nro. 01305-2012-0-1001-JR-FC-03/Cusco (15/06/2015), en donde no se aplica el artículo 43 y el inciso 2 del artículo 44 del Código Civil sobre interdicción civil ajustables a las personas con discapacidad, siendo que lo que propone el fallo es que las personas con discapacidad – sicosocial o intelectual – (así denominadas por la CDPD) no se le debe negar sus derechos a manifestarse; es más, es el Estado el obligado a brindarle mecanismo de decisión informada de acuerdo a sus condiciones. Citamos las normas afectadas con la convencionalidad que se deduce en el veredicto mencionado:

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: (...)

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Artículo 44.- Son relativamente incapaces: (...)

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (...)

Las normas descritas condicionan a las personas con discapacidad a no tener facultad alguna para manifestarse, hecho que en juicio precitado se objeta, ya que critica la actitud paternalista de nuestra legislación, siendo que de acuerdo a la CDPD el Estado debe brindar el apoyo necesario a dichos ciudadanos a fin de que puedan tener la facultad de decidir, cito:

En cuanto al Control Difuso de Convencionalidad se entiende que el estudio de una ley interna bajo esta teoría conforme a lo ya expresado, debe hacerse de oficio, (...)

En reciente sentencia del Tribunal Constitucional se ha reconocido la obligación de todos los jueces no solo aplicar el control difuso, sino, el control de convencionalidad conforme se aprecia de la sentencia del Expediente Nro. 04617- 2012-PA/TC (...)

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los demandados de los cuales se solicita su interdicción son personas con discapacidad sicosocial conforme se tiene de sus certificados de discapacidad que obran en el proceso, y al solicitarse su interdicción, lo que se cuestiona en sí es el pleno ejercicio de su capacidad jurídica; al respecto, como ya se ha desarrollado en el fundamento tres de la presente sentencia existe un marco normativo nacional e internacional que reconoce sus derechos, en especial es de observar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; por ello, se debe determinar si las causales de interdicción previstas en los artículos 43 numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código civil son compatibles o no con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD.

Considerando lo expuesto precedentemente, la forma en la que se encuentra redactada los artículos tantas veces referidos del Código Civil, y especialmente su concepción, es atentatoria al derecho a la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sicosocial e intelectual, no pudiendo interpretarse de alguna forma

que sea compatible con los derechos fundamentales ya señalados por ser claramente contradictorios, por lo que declarar una interdicción parcial o solo para determinados aspectos de la vida, afecta al derecho intrínseco y de la PCD y el espíritu del artículo 12 de la CDPD al no tomar en cuenta la decisión y autonomía de las PCD (PJ, 2012, Caso “Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez vs Rubén Velásquez Ciprian y otros”).

2.16.2.2. Caso píldora del día siguiente. Otro caso de similar importancia, y que ha contado con mayor debate jurídico, es el provocado por el caso de la “píldora del día siguiente”. Dicha temática viene siendo debatida en índole judicial desde el año 2004, siendo que la sentencia más resaltante se produjo en el año 2009, recaída en el expediente Nro. 02005-2009-PA/TC-LIMA, en donde el TC resolvió ordenar al Estado abstenerse de iniciar el programa de distribución gratuita de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios (ya que se estaría violentado el derecho a la vida del concebido).

Con posterioridad, en el año 2014, la señora Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpone una demanda de acción de amparo ante el Primer Juzgado Constitucional de Lima (expediente Nro. 30541-2014), contra el Ministerio de Salud, a fin de que se ordene la repartición gratuita en los centros de salud del Estado de dicha píldora; el sustento pilar de la su demanda se encontraba en que la Corte IDH se había pronunciado sobre el inicio de la vida en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (2012), referida a la fecundación *in vitro*, en donde en un extremo de sus fundamentos indica de forma literal: “la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”. (p. 83)

El Poder Judicial estimada una medida cautelar presentada por la parte demandante y dispone la distribución de la “píldora del día siguiente”, utilizando en su fallo el “control de convencionalidad”; dejando para ello sin efecto nada más que la misma sentencia del TC recaída en el expediente Nro. 02005-2009-PA/TC-LIMA que inicialmente negó la distribución de dicho medicamento. Esta posición de la justicia ordinaria se basa en el pronunciamiento de la Corte IDH (Caso “Artavia Murillo vs Costa Rica”) como en un Informe de la ONU sobre la condición abortiva del fármaco indicado.

2.16.2.3. Caso indulto a Alberto Fujimori. Este caso versa sobre el expresidente de la República Alberto Fujimori, quien en el año 2009 fue condenado a 25 años de prisión preventiva (caso “Barrios Altos y La Cantuta”); al respecto, el 24 de diciembre del 2017, mediante la Resolución Suprema Nro. 281-2017-JUS (24.12.2017), el entonces presidente de aquel entonces, Pedro Pablo Kuczynski, indultó al expresidente condenado; textualmente, en el acto resolutorio indicaba: “Conceder el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, Alberto Fujimori Fujimori, respecto de las condenas y procesos penales que a la fecha se encuentran vigentes”. Lo expuesto, desató un debate jurídico muy amplio, constreñido en si el indulto era constitucional o no, y más aún si era convencional o no.

Al respecto, los ciudadanos que habrían sido los afectados en el caso de Barrios Altos y La Cantuta, acudieron ante la Corte IDH y solicitaron una medida de ejecución de sentencia, ante lo cual la Corte solicitó al Estado peruano que pueda revisar jurisdiccional dicho indulto. Es así que quienes rechazaban el indulto ingresaron ante el expediente principal de condena del expresidente un incidente que lo llegaron a denominar cuaderno de control de

convencionalidad, es decir, prácticamente se originó un cuadernillo que no se encuentra transcrito en el código procesal penal, o el código procesal constitucional.

Este incidente de control de convencionalidad fue resuelto por el Juez Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de la República, quien declaró nulo el indulto concedido a favor de Alberto Fujimori Fujimori, obligando de esta manera que el expresidente retorne a prisión a cumplir su condena. Al respecto, el juzgado mencionado utilizó como principal argumento, el del control de convencionalidad.

Sobre este tema cabe mencionar que la institución del indulto se divide en dos: indulto político (facultad del presidente salvo excepciones de ley), y el indulto humanitario (regulada bajo causales). Esta diferenciación es necesaria para poder comprender el forcejeo legal que ha efectuado el ejecutivo al implementar tal figura.

La Corte Suprema resolvió indicando que, si bien el indulto es facultad del presidente de la República, pero ha quedado ratificado por el propio Tribunal Constitucional (Caso José Enrique Crousillat López Torres), que tal potestad no es absoluta, ya que debe ceñirse a la normatividad existente. Eso, debido a que, tal como indica el mismo Tribunal en el caso Nro. 4053-2007-PHC-TC (Alfredo Jalilie Awapara), el indulto, que es herencia de las épocas monarquías, debe interpretarse en la actualidad de acuerdo a nuestro Estado constitucional de derecho, en donde todo poder se encuentra subyugado a la constitución y las normas imperantes. En concreto, se indicó que, la resolución mencionada debe haberse otorgado de acuerdo al debido procedimiento y bajo la debida motivación.

A su vez, la Corte Suprema resaltó que, las Leyes Nos. 26478 y 28760 impiden que se efectúe el indulto y la conmutación de las condenas por secuestro, casualmente el delito de Alberto Fujimori Fujimori fue por secuestro, por tanto, la Resolución Suprema mencionada estaría viciada al contravenir la legislación vigente. Es más, si se pretendiera justificar en que estos impedimentos son para el indulto político mas no para el indulto humanitario, cabe precisar que en el texto de las leyes referidas se precisa al género mismo – Indulto –, siendo que las especies (político o humanitario) obedecerían la prohibición del tipo genérico.

Otro extremo de la resolución indica que, la concesión del indulto humanitario se encuentra regulado en el artículo 31° del Reglamento de Gracias Presidenciales (Indulto por razones humanitarias): “(...) a) *Los que padecen enfermedades terminales, b) Los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad. c) Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad*”. Para la Corte Suprema, en los cuatro pedidos de indulto humanitarios que efectuara Fujimori anteriormente, en ninguno de ellos la Junta Médica determinó que calificada el paciente para un indulto humanitario (ni por cáncer ni males cardíacos).

Otro fundamento fue que, el mismo MINJUSDH ha indicado que el indulto promovido por la Resolución Suprema Nro. 281-2017-JUS (24/12/2017) es el más rápido de nuestra historia (presentado el 11/12/017 y otorgado el 24/12/2014); este hecho de por sí habría afectado el debido procedimiento (artículo 139° de la Constitución), ya que pone en situación

de desigualdad de trato a las demás personas de igual condición, creando una preferencia no justificada objetivamente (requisito establecido en el caso “Alfredo Jalilie Awapara”).

En concreto, estos fundamentos proporcionaron que el indulto sea anulado por la jurisdiccional interna (mediante el particular incidente de control de convencionalidad promovido por las víctimas del caso “Barrios Altos y La Cantuta”), siendo que ello fue motivado por la propia Corte IDH al emitir una resolución de supervisión de sentencia.

Claro está que, en fecha posterior, el 17 de marzo del 2022, el caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 02010-2020-PHC-TC, estando a que se anularía con ello la sentencia de la Corte Suprema, siendo que una de las razones fue la inexistencia en la legislación nacional de un procedimiento incidental que se denomine control de convencionalidad.

Tal como es sabido, la Corte IDH, ante el pedido del propio Poder Ejecutivo y los abogados de las víctimas del caso de “La Cantuta”, es que emitió otra resolución de supervisión de sentencia, dentro de su resolución mencionó que el TC “no cumplió las condiciones determinadas en la Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia del 30 de mayo del 2018”; ello promovió que no se ejecute la resolución del Tribunal Constitucional y el juzgado de ejecución anule su disposición anterior de dar libertad al expresidente.

Si bien vamos a mantener mayor desarrollo sobre este tema en la parte pertinente, cabe indicar que de las instancias que hemos mencionado, el único que aplicó el control de convencionalidad propiamente dicho fue la Corte Suprema del Perú al anular el indulto, ya que

el Tribunal Constitucional nunca tocó dicha institución para desarrollar su resolución, y sorpresivamente, tampoco la propia Corte IDH lo ha efectuado.

En conclusión, esta instancia jurisdiccional si bien tímidamente viene utilizando la expresión de “control de convencionalidad”, la figura la viene aplicando de forma progresiva, siendo que a la fecha tal institución es materia de estudio y análisis en los centros de capacitación de las academias de magistrados.

2.16.3. El control de convencionalidad en el nuevo código procesal constitucional peruano

El Poder Judicial, de acuerdo a su Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica (Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS) – específicamente en su artículo 14 – indica que los Magistrados si al momento de fallar encontraran incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de menor rango se debe preferir la primera (los Tratados de Derechos Humanos tiene rango constitucional).

Este extremo resulta novedoso, ya que la institución se ha positivizado y mantiene mayor prestancia para su aplicación, aunque, tal como lo demostraremos en este trabajo, aún falta mucho para que se comprenda el momento y la oportunidad en que ello debe darse efectivamente.

Hasta la fecha, del reciente ingreso del control de convencionalidad como norma positivizada al nuevo código procesal constitucional no se ha evidenciado alguna aplicación que haya sido tan determinante en su interpretación, al menos en lo que refiere a casos

emblemáticos; pero ello, no quita que es una norma que va a provocar facilidad de ejecución del control mencionado.

III. MÉTODO

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Tipo - Nivel

La presente investigación, es de tipo **explicativa o causal**; de acuerdo a Bernal (2010): “Las investigaciones en que el investigador se plantea como objetivos estudiar el porqué de las cosas, los hechos, los fenómenos o las situaciones, se denominan explicativas. En la investigación explicativa se analizan causas y efectos de la relación entre variables”. (p. 115)

En nuestra tesis no solamente deseamos describir el tema, sino que deseamos explicar el por qué el control de convencionalidad es necesario que se sostenga en los parámetros que dicha institución ha creado en el tiempo, como los que le pueden servir de la argumentación jurídica; ello con el fin de crear una estructura del control de convencionalidad, lo cual será de mucha utilidad para que el sistema judicial peruano pueda ejecutar tal mecanismo debidamente, no como acontece en la actualidad. Asimismo, cabe mencionar que el nivel de nuestra investigación es **relacional**, ya que trataremos de asociar y correlacionar nuestras variables.

3.1.2. Diseño

En cuanto a las fuentes a utilizar, cabe mencionar que las mismas son realidades acreditadas actualmente, **diseño no experimental transeccional**; al respecto: “Los diseños de investigación transeccional o transversal recolectan datos en un solo, en un tiempo único. Su

propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado”. (Sampieri, 2010, p.151).

En nuestra investigación se estudiará la aplicación del *control convencional* en la argumentación jurídica judicial del Perú en un espacio y momento dado; para ello se viene utilizando acreditación documentada que se aporta desde la doctrina hasta los registros de los fallos judiciales. A su vez, sobre el tiempo o la perspectiva temporal, cabe mencionar que el diseño es contemporáneo transeccional, ya que se medirá y describirá cada una de las variables descritas.

3.2. Población y muestra

Los elementos, personas y objetos que participarán en el presente trabajo son: Los más emblemáticos pronunciamientos jurisdiccionales (sentencias y autos) que han abordado el tema del control convencional y la argumentación jurídica, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, las sentencias del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

3.3. Operacionalización de variables

En este extremo, las variables deben trasladarse hasta sus indicadores; siendo que aquí existirán ya unidades de medición, la probanza de la hipótesis y la solución del problema.

3.3.1. Variables e Indicadores

3.3.1.1. Variables.

X. La aplicación del control convencional (**variable independiente**)

X1. La argumentación jurídica en el sistema judicial peruano (**variable dependiente**)

3.3.1.2. Indicadores.

- 1.- Grado de utilización del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano.
- 2.- Grado de utilización de una estructura que permita predecir la adecuada utilización del control de convencionalidad.
- 3.- Grado de utilización de las teorías de argumentación jurídica en el sistema judicial peruano.
- 4.- Nivel de importancia de las tesis de argumentación jurídica para la aplicación del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano.

3.4. Instrumentos

Mediremos las variables bajo la información empírica abstraída en conceptos, las técnicas, instrumentos o fuentes que son documentales esencialmente; siendo esta **analítica**. De igual forma, en cuanto al apartado del estudio del caso, se ha tenido una aproximación con los fallos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional sobre el control convencional, dentro de ellos: a) El de la Píldora del día siguiente, b) El de la nulidad del indulto al Fujimori, c) El del reconocimiento de matrimonio de personas del mismo sexo, c) El de la norma de discapacidad, entre otros. A su vez, se tendrá cercanía con las teorías de argumentación jurídica más autorizada dentro del derecho internacional y nacional. En cuanto a los grupos focales, no existe necesidad ya que nuestra tesis es de corte dogmática.

3.5. Procedimientos

Con posterioridad al haber analizado las sentencias más emblemáticas del Poder Judicial y paralelamente las del Tribunal Constitucional, y las bases teóricas sobre el control convencional y la argumentación jurídica, es que se seguirá las técnicas de cómo se va a hacer para demostrar nuestra hipótesis, con qué teorías se va a trabajar, así como el detalle de los instrumentos de medición. El procedimiento asumido será efectuado de forma dialéctica, ya que se confrontarán tanto tesis como los mismos fallos bajo estudio.

3.6. Análisis de datos

Como técnicas se efectuará: **análisis de documentos**, registro, medición, exploración, cotejo, comparación. La medición se efectuará sobre diez (10) fallos judiciales, entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, los casos más emblemáticos que se han tenido durante los últimos años en el país.

3.7. Consideraciones éticas

El presente trabajo no ha arrojado ningún peligro sobre el medio ambiente, el ser humano u otro ser vivo. A su vez, tampoco afecta la dignidad, honor, intimidad o proyecto de vida de ninguna persona, ni de ninguna colectividad. Muy por el contrario, nuestra investigación tiene por meta el mejoramiento de la justicia y del bien común mediante una adecuada utilización del control de convencionalidad y su argumentación jurídica.

IV. RESULTADOS

De lo que hemos expuesto en el presente trabajo, tenemos que, en las sentencias emblemáticas que han sido objeto de nuestro estudio, tanto del Poder Judicial, como del Tribunal Constitucional peruano, han sido las siguientes:

- 1) Caso Alberto Cartagena, recaída en la STC Nro. 218-2002-HC (17.04.2022)
- 2) Caso Barrios Altos y La Cantuta, recaída en la STC Nro. 679-2005-PA (25.05.2007).
- 3) Caso Pedro Lizana Puelles, recaída en la STC Nro. 5854-2005-PA (8.11.2005)
- 4) Caso Albero Quimper Herrera, recaída en la STC Nro. 655-2010-PHC (7.12.2010).
- 5) Caso Panamericana TV, recaída en la STC Nro. 4617-2012-PA (12.03.2014)
- 6) Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, recaída en la STC Nro. 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), del 26 de abril del 2018.
- 7) Caso Susel Paredes, recaída en la STC Nro. 02653-2021-PA/TC (19.04.2020).
- 8) Caso sobre discapacidad, recaída en el expediente Nro. 01305-2012-0-1001-JR-FC-03/Cusco (15/06/2015)
- 9) Caso píldora del día siguiente, recaída en el expediente Nro. 30541-2014, del Primer Juzgado Constitucional de Lima.
- 10) Caso indulto a Alberto Fujimori, recaída en el expediente Nro. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01.

En total hemos analizado las diez (10) sentencias judiciales más emblemáticas, con sus respectivos expedientes, donde se ha aplicado de forma directa el control de convencionalidad; con ello deseamos mencionar que cuando se refiere a aplicación directa, es que el referido control ha sido determinante o parte fundamental de la resolución del conflicto o del

levantamiento de la incertidumbre jurídica, siendo que pueden existir más caos en las cuales se haya aplicado dicho control, pero como argumento referencial o secundario.

Para afirmar nuestra posición, nos acogemos a lo que el mismo Tribunal Constitucional afirma en el repositorio de sentencias de su página web, en el enlace de sentencias relevantes, en donde en los indicadores que nos propone podemos colegir que:

- No existe un precedente vinculante del Tribunal Constitucional en donde se haya aplicado a la fecha el control de convencionalidad de forma directa.
- Tampoco existe alguna sentencia que haya detallado el estado de cosas inconstitucionales que haya utilizado de forma determinante el control de convencionalidad.
- Con respecto a las sentencias exhortativas que ha emitido el Tribunal Constitucional, existe solo un caso, el expediente Nro. 04058-2012-AA/TC (9.04.2014), pero lo cita de forma secundaria en su argumento.
- En cuanto a las sentencias referidas a los procesos orgánicos, que ha emitido el Tribunal Constitucional, existe solo un caso, el expediente 0008-2020-AI/TC (30.04.2021), pero lo cita como un argumento acompañante, no siendo el principal.
- En el rubro de doctrina jurisprudencial sorpresivamente no encontramos ninguna sentencia con ese filtro; de igual forma en el apartado referido a los autos de supervisión de ejecución de sentencias.

De lo descrito se puede evidenciar que, para aplicar el control de convencionalidad, el Tribunal Constitucional en sus sentencias relevantes no ha utilizado aún de forma prioritaria el control de convencionalidad; tanto como el Poder Judicial; a su vez, respecto a como lo ha

ejecutado en otros casos que consideramos emblemáticos (los diez descritos), se puede traslucir que no se ha aplicado los métodos de la argumentación jurídica y menos se ha establecido las condiciones que aquí exponemos.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En este extremo llegaremos a acreditar metódicamente lo que con posterioridad se definirá como conclusiones o recomendaciones. Al respecto, para poder dar a entender lo que se lleva a cabo en este extremo, efectuamos la introducción de que, este es un segmento en que se describen los resultados obtenidos, contrastándolo con estudios previos, resaltando los que figuran como nuevos o acreditado.

Aquí es donde vamos a argumentar nuestra hipótesis y su verificación. Se señalará sobre el problema que habríamos propuesto, como es que lo hemos llegado a estudiar, cuáles han sido los resultados que hemos encontrado, y qué interpretamos de los resultados obtenidos.

5.1. Sobre los problemas que han sido materia de tesis y su justificación

En nuestro trabajo propusimos como problema general la siguiente incógnita: ¿Se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano?

Dicha propuesta se basaba en que incluso a nivel de la propia Corte IDH se viene aplicando el control de convencionalidad, pero sin una estructura o método firme que haga previsible la aplicación de la figura; justo dentro de ello es donde ingresa la argumentación jurídica, se da para poder apoyar una adecuada aplicación de dicho control. Entonces, nuestro trabajo se sustenta en evaluar cómo se aplica el control de convencionalidad en el sistema judicial peruano, y en proponer parámetros de aplicación, siendo que para ello será necesario apoyarnos en el control de convencionalidad.

Cabe precisar que tenemos solo un problema general ya que en ello se centraría nuestro trabajo; es más, no podríamos ampliar más ya que el problema general es sumamente ambicioso y novedoso, estando a que, es la primera vez que se trata de un problema como el presente, no existe precedente alguno sobre el mismo que, de forma taxativa y precisa, se haya abocado al tema de la presente tesis.

Sin perjuicio de ello, indicamos que también habíamos propuesto tres problemas específicos; por lo tanto, nuestro trabajo no solamente de evaluar si se viene aplicando el control de convencionalidad correctamente, sino de analizar si es importante la evolución y aplicación del control mencionado; si existe alguna estructura o método para utilizar el mismo, y si la argumentación jurídica contribuiría a que se materialice dicho axioma.

Justamente, la intención del presente trabajo es develar una estructura o criterio sobre la aplicación del control de convencionalidad acompañado de una adecuada argumentación jurídica. A su vez, cabe precisar que, para esta última figura hemos hecho de utilidad a diversos autores que han estudiado sobre el discurso jurídico.

Si bien, no existe trabajo de tesis que se haya propuesto estudiar lo que literalmente nosotros exponemos en la presente propuesta, ello no quita de que se hayan tocado de forma referencial mucho de los temas cercanos a nuestra tesis, los cuales han sido presentados en el trabajo bajo exposición.

Su justificación no solamente es la novedad, sino que también dogmáticamente se ha cumplido con proponer parámetros o márgenes sobre los cuales el control de convencionalidad

puede aplicarse de forma más preceptiva; y, justo para ello se apoya de la argumentación jurídica.

Estamos seguros también que, con nuestro trabajo hemos satisfecho la aplicación práctica sobre el control de convencionalidad, ya que no se había utilizado bajo una argumentación jurídica adecuada, y eso viciaba el progreso y mejoría de dicha figura. De igual forma, reconocemos en que este trabajo servirá a los operadores de la administración de justicia, quienes verán en el mismo un soporte para poder aplicar el control de convencionalidad sin derruir su concepto y avance estructural.

5.2. Confiabilidad de instrumentos y validación de hipótesis

Tanto la validación como la confiabilidad se encuentran íntimamente ligadas, ambas son las medidas de los instrumentos utilizados dentro de una investigación.

Tal como figura en nuestro trabajo, hemos propuesto como hipótesis lo siguiente: Resulta inadecuada la aplicación del control convencional y su argumentación jurídica por parte de los organismos del sistema judicial peruano.

En nuestra investigación, los instrumentos que muestran una gran confiabilidad son los siguientes:

- a) Las sentencias o autos judiciales emitidos por el Poder Judicial, y paralelamente por el Tribunal Constitucional. Los mismos describen la manera de argumentar o justificar el control de convencionalidad que actualmente manejan los magistrados en

pronunciamientos de alta importancia. Tales documentos son los cuerpos de estudio que afloran nuestras críticas y permiten ensayar nuestras recomendaciones.

b) Las teorías vigentes sobre control convencional. La misma ha sido expuestas en las diversas sentencias de la Corte IDH, como en la doctrina nacional y extranjera.

c) Las teorías vigentes sobre argumentación jurídica. Dichos postulados son las herramientas que nos permitirán conocer cuál es la postura que mantiene el Poder Judicial al momento de acoger la justificación en sus resoluciones. Cabe precisar que existen varios autores (R. Alexy, Atienza, García Amado) que dirimen en la aplicación de dicha tesis; para ello es bueno saber la inclinación de nuestra jurisprudencia peruana al utilizar el control de convencionalidad, como también el evaluar cómo podría repotenciarse la justificación de tales fallos.

En concreto, con las herramientas descritas, logramos demostrar nuestra hipótesis, ya que hemos acreditado la falencia que se mantiene al argumentar jurídicamente sobre la aplicación del control de convencionalidad en el Poder Judicial, y paralelamente en el Tribunal Constitucional peruano. Como consecuencia de ello, vemos por necesario reafirmar que la posición de Robert Alexy sobre la justificación de los fallos si bien no es completa (difícilmente una teoría llega a un grado de totalitarismo), pero, hasta el momento, es la que más nos ha brindado seguridad en su aplicación, sin dejar de reconocer los aportes de Atienza obviamente.

A su vez, nuestra hipótesis secundaria es la siguiente: Si es incorrecta la utilización de los estándares de argumentación jurídica para aplicar el control convencional en el sistema judicial peruano, entonces, se debe proponer una estructura para aplicar dicho mecanismo.

Al respecto, sobre este último punto, se ha llegado a demostrar que, en los casos emblemáticos del Poder Judicial, y paralelamente del Tribunal Constitucional, no se ha aplicado adecuadamente las técnicas de la argumentación jurídica para el control de convencionalidad; no ha existido en ellos lo de la evaluación los seis grupos de reglas y formas de interpretación externa, tampoco se ha evaluado las razones del por qué se acepta o rechaza el control de convencionalidad.

VI. CONCLUSIONES

1.- De las diez (10) sentencias más emblemáticas del sistema jurisdiccional peruano que hemos analizado, se ha acreditado la hipótesis de que es mayoritariamente incorrecta la aplicación del control convencional y su argumentación jurídica por el sistema judicial peruano; debido a ello, se ha planteado una estructura sobre la aplicación del control de convencionalidad, el mismo que contiene los parámetros del mismo control de convencionalidad con los de la argumentación jurídica, resaltando la prevalencia de los principios sobre las demás normas (solo Corte IDH concentrado y TC difuso), la utilización de la logicidad formal (silogismos y demás), la aplicación de la “cosa juzgada” (vinculante para las partes en conflicto) y la “cosa interpretada” (hacia los Estados que no son parte del conflicto); estando a que cuando se aplique el control debe existir incompatibilidad insalvable, insuperable (sino se daría “interpretación conforme” al corregir los alcances de la norma local con los límites de la convencional; o la “interpretación mutativa”, que varía el contenido de la norma), y , siendo que quien estaría legitimidad para aplicar ello sería solo el TC ya que el mismo ejecuta el control de constitucionalidad concentrado.

2.- El control de convencionalidad mantiene una importante evolución, la misma que vincula al Estado peruano y su sistema jurisdiccional; al respecto, debemos considerar que, los principios que regulan un Tratado sobre Derechos Humanos (buena fe, fin útil, *pro homine*, *pacta sunt servanda*) deben ser cumplidos obligatoriamente por todos los Estados; en ello, el control mencionado se aplica de forma concentrada (Corte IDH) y difusa (TC); de igual forma, su utilidad se da en el índole interpretativo, como también regulatorio (dispositivos domésticos), a pedido de parte o de oficio; contra normas, actos o resoluciones (subsidiario); de forma directa al resolver una *litis*, bajo consulta (Uruguay, Costa Rica y México), o

jurisprudencial (efectos a todos los Estados aplicando la interpretación *mutativa por adición*); estando a que su facultad reside en el artículo 2 de la CADH, y siendo que dicho control tiene como parámetro y soporte a la vez, sus propios precedentes, es el bloque de constitucionalidad, el juez natural, la subsidiariedad y el margen de apreciación nacional - condición de idiosincrasia convencional.

3.- Hemos podido demostrar que el sistema judicial peruano no utiliza una estructura o método para aplicar el control de convencionalidad, lo que mayormente realiza es una cita genérica y amplia sobre dicha figura para repotenciar su argumentación al resolver un caso, pero no es que se haga un prefacio del por qué se vuelve necesaria su aplicación en el tema a resolver, qué condiciones se cumple, qué elementos se debe acreditar, y la salida que brindaría la técnica del control mencionado.

4.- El control convencional necesita de la argumentación jurídica para purificar su aplicación, ya sea que se aplique la argumentación lógica, la dialéctica o la retórica. La argumentación propone parámetros, se origina del discurso práctico general (o también denominado discurso moral, con su “pretensión de corrección”) y va hacia el discurso jurídico donde propone lo que se denomina “carga de la argumentación” (obligación el fundamentar), pasando por las reglas de la fundamentación. Ampliando su método, divide el mismo en justificación interna (silogismos formales, deducción, inducción, abducción y evitar falacias formales), hacia la justificación externa (problemas relevantes, difíciles, de interpretación, de prueba o aplicación), en donde se analiza la verdad o falsedad de la proposición, para lo cual se propone los seis grupos de reglas de Robert Alexy, los argumentos creativos de García Amado, el discurso jurídico, y la fórmula del peso. Estos parámetros son los que proponemos que sean utilizados para poder aplicar el control de convencionalidad.

VII. RECOMENDACIONES

1.- En el sistema judicial peruano se necesita aplicar correctamente el control de convencionalidad, bajo su estructura y sus modernos parámetros; debido a ello es que se propone que aparte de recoger las propias condiciones que va teniendo como figura jurídica, y las que se derivan de la argumentación jurídica, se tome en consideración lo referido a la prevalencia de las normas, la “cosa juzgada”, la “cosa interpretada”, la “interpretación conforme” y el *mutatis mutandis*; solo un razonamiento que exija estas condiciones podría valerse como adecuado para que las resoluciones judiciales guarden coherencia con el control mencionado.

2.- En vista de que el control de convencionalidad nace como una figura destinada a afianzar los derechos humanos en la región, es una figura nueva en su construcción, la misma que en su evolución irá creando una estructura propia, que no solamente vincule a los países miembros de la OEA sino a los mismos organismos de este. Ante ello, sugerimos que se refuerce (tal como se hace en este trabajo en algunos capítulos) la explicación sobre los parámetros de dicho control, como el bloque de constitucionalidad; pero, e mayor medida sobre el margen de apreciación nacional, siendo que en este último proponemos la condición de “idiosincrasia convencional” para ejecutar tal mecanismo.

3.- Se debe comenzar por aplicar el método que impone la propia figura del control de convencionalidad, los parámetros o métodos que ya ha ido dejando en su aplicación durante sus casi veinte años de aplicación; sobre ello, a fin de repotenciar dichos parámetros, ceñirlos a la predictibilidad que debe existir en las resoluciones judiciales, se debe servir de la teoría de la argumentación jurídica para su mejor su desarrollo.

4.- El control convencional necesita si bien tiene sus parámetros, necesita de la argumentación jurídica para sostenerse debidamente ya aplicarse con mayor predictibilidad, debido a ello es que recomendamos que aquellos que deseen ejecutar tal control lo efectúen bajo la justificación interna y externa que tiene el discurso jurídico; siendo muy apropiado no caer en falacias formales o materiales; debido a ello, en la presente tesis hemos elaborado una fórmula de conjunción, cuyo nombre recogemos del profesor Sagüés al referirla como estructura convencional.

VIII. REFERENCIAS

8.1. Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2010). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra.

Aguilar, M. (2016). *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*.
<https://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/83540>

Aristóteles. (1982). *Tratados de Lógica - Órganon I*. Gredos.

Arévalo, L. (2016). *El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. Avances y retrocesos*.
<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2804/1535>.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. UNAM.

Barbosa, F. (2013). *El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado Derecho y la Sociedad Democrática*. UNAM.

Badeni,, G. (1993). *Derecho constitucional*. Ad-Hoc.

Bazán, V. (2012). *Estimulando sinergias: De Diálogos Jurisdiccionales y Control de Convencionalidad*. Libro: *El Control Difuso de Convencionalidad*. FUNDAP.

Cárdenas, B. (2015). *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración del caso de España y Nicaragua.*

<https://www.jstor.org/stable/j.ctvr339hg>

Correa, C. (2016). *Comentario a la Sección II – Competencia y funciones de la Corte IDH. Libro Comentarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* BNP.

Castellanos, E. (2021). *Interpretación, argumentación y control de convencionalidad.* Revista de la facultad de derecho de México. UNAM.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). *Documentos Básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.*

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp.

Convención Americana de Derecho Humanos. (s/f). *Tratados Multilaterales.*

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. (1969). *Convención.*

“https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf”

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). *Última reforma en 2017.*

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf).

Convención Americana de Derecho Humanos. (s/f). *“Tratados Multilaterales”*.

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobrederechos_humanos.htm

Constitución Política del Perú. (1993). *IV Disposición Final y Transitoria*.

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (s/f). *Guía práctica sobre inadmisibilidad*.

https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Caso “Murna Mack Chang vs Guatemala”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso “Almonacid Arellano vs Chile”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Opinión Consultiva OC-24/17*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995). *Caso “Paniagua Morales contra Guatemala”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). *Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). *Caso “Loayza Tamayo vs. Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). *Caso “Castillo Páez vs. Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). *Caso “Las Palmera contra Colombia”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso “Barrios Altos contra Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso “Bulacio contra Argentina”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Caso “Gelman vs. Uruguay”*

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso “Masacre de santo domingo vs. Colombia”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso “Tibi vs Ecuador”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Caso “Casa Nina vs Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Constitucional de Colombia (2011). *Caso “Eduardo Márquez González y David Armado Rodríguez contra la Ley 599 de 2000”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Constitucional de Colombia (2002). *Caso “Ricardo Danies González contra la Ley 600 de 2000”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Caso “Salvador Chiriboga vs Ecuador”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso “La Cantuta vs Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). *Opinión Consultiva OC-16/99*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso “Yatama vs Nicaragua”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso “Escher vs Brasil”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso “Ivcher Bronstein vs Perú”*.

http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

Cueva, A. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. A.F.A.

Perelman, Ch. (1989). *Tratado de la Argumentación*. Gredos.

Dehesa, G. (2007). *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación*. Gredos.

Eco, U. (2003). *Cómo se hace una tesis*. Gedisa

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). *Convención Americana de Derecho Humanos*.

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>.

Ferrer, E. (2012). *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Libro *El Control Difuso de Convencionalidad*. FUNDAP.

Ferrer, E. (2014). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de México.

García, S. (2012). *El control judicial interno de convencionalidad*. Libro *El Control Difuso de Convencionalidad*. FUNDAP.

García, M. (1981). *El status del Tribunal Constitucional*. Gredos.

García, D. (2013). *El control de convencionalidad en el Perú*. Palestra.

García, J. (2017). *Razonamiento Jurídico y Argumentación*. Zela.

García, M. (2014). *Argumentación Jurídica, Fisonomía desde una óptica forense*. UNAN.

Gabino, A. (1997). *Derecho constitucional. Tomo I. Principios y derechos constitucionales*. Depalma.

- Gonzales, F. (2009) *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*. OEA.
- González, D. (2014). *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Hitters, J. (2012). *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*. Libro: *El Control Difuso de Convencionalidad*. FUNDAP.
- Remotti, J. (2004). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEMSA.
- Martín, C. (2014). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. UI.
- Néstor, P. (2022). *Hacia un reencuadre conceptual del control latinoamericano de convencionalidad. En particular, sobre su papel constructivo o positivo*”. Libro *Anuario del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional – Tomo II*. UCSM.
- Nogueira, H. (2012). *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales*. Libro: *El Control Difuso de Convencionalidad*. FUNDAP.

Núñez, C. (2015). *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*. Revista: *Anuario de Derechos Humanos*. CDH-UDCH.

Oblitas, W. (2020). *Parámetros convencionales de la prisión preventiva*., UNIMAR.

Oblitas, W. (2022). *El sistema interamericano de derechos humanos y el control de convencionalidad*. Almedina.

Oblitas, W. (2021). *Injerencia de los derechos fundamentales en la crisis democrática*. UNIMAR.

Oblitas, W. (2019). *La utilización del margen de apreciación nacional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNIMAR.

Oblitas, W. (2019). *Efectos del margen de apreciación nacional europeo en la Corte Interamericana de derechos humanos*. Pisa.

Organización de las Naciones Unidas. (s/f). *Derechos Humanos*. Oficina de Alto Comisionado. “<http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx#main>”.

Pinto, J. (2015). *Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy*.

<http://www.tesisde.org/t/la-teoria-de-la-argumentacion-juridica-e/2574/>

Peces, G. (1980). *Derechos Fundamentales*. Latina Universitaria.

Rodríguez, V. (2017). *La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IJSA.

Ramos, M. (2014). *Constitución Política del Perú (Sumillada, concordada y comentada)*. Berrio.

Rosas, J. (2015). *El derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos claves (un enfoque doctrinario y jurisprudencial)*. Gaceta Jurídica.

Rodríguez, G. (2016). *Principio Pro Persona*. Libro *Comentarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Biblioteca Nacional del Perú.

Loutayf, R. (2018). *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*. Astrea SRL.

Renovación Jurisprudencial. (s/f). *Control de regularidad convencional*.

http://www.kas.de/wf/doc/kas_45689-1522-4-30.pdf?160625011856.

Sabino, C. (1994). *Como hacer una tesis*. Panapo.

Solari, L. (2012). *Derecho Internacional Público*. Zela.

Sagües, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Universidad de Talca.

Steiner, C. (2016). *La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano*.

Libro *Comentarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. BNP.

Suprema Corte de Argentina (2007). *Caso Julio Lilo Mazzeo y otros sobre recurso de casación e inconstitucionalidad (2007)*.

<https://www.csjn.gov.ar/>

Suprema Corte de Argentina (2010). *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (2010)*.

<https://www.csjn.gov.ar/>

Sistema de Consulta Internacional de Derechos Humanos (s/f). *Informe N° 119/99, Susana Higuchi Miyagawa (Perú)*.

<http://hrlibrary.umn.edu/cases/1999/Speru119-99.html>

Tojo, L. (2016). *Comentario a la Parte II – Medios de la Protección. Libro “Comentarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Libro promovido por el Tribunal Constitucional del Perú y Fundación Konrad Adenauer. BNP.

Torres, N. (2012). *Tesis: El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. PUCP.

Tribunal Constitucional Peruano (2012). *Caso: “Panamericana Televisión vs SUNAT”*.

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Constitucional Peruano (2002). *Caso: Jorge Alberto Cartagena Vargas.*

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Constitucional Peruano (2007). *Caso: Santiago Martín Rivas. Expediente Nro. 679-2005-PA.*

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Constitucional Peruano (2005). *Caso: Lizana Puelles. Expediente Nro. 5854-2005-PA.*

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Constitucional Peruano (2005). *Caso: Silvia P. López Falcón. Expediente Nro. 04058-2012-AA/TC (9.04.2014)*

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Constitucional Peruano (2005). *Caso: Limitaciones de incorporación por mandato judicial e ingreso a régimen laboral público establecidas en el Decreto de Urgencia 016-2020. Expediente Nro. 0008-2020-AI/TC (30.04.2021)*

<https://www.tc.gob.pe/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1968). *Caso “legislación lingüística en la enseñanza en Bélgica”.*

<https://www.tc.gob.pe/>

Uprimny, R. (2006). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*.

Escuela judicial.

Valle, J. (2106). *Manual de los Derechos Humanos*. Ediciones jurídicas.

Vidigal, A. (2011). *Protección internacional de los derechos humanos – justificaciones*

técnico-jurídicas para la creación de un tribunal mundial de derechos humanos. UCIII.

IX. ANEXOS

IX.1.- Matriz de consistencia

Tesis:

“La aplicación del *control convencional* y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano”

PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p><u>Problemas Principales</u></p> <p>¿Se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano?</p>	<p><u>Objetivo General</u></p> <p>Determinar si se aplica correctamente el control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano</p>	<p><u>Antecedentes de la Investigación</u></p> <p>Existen tesis en Perú que analizan sobre el control convencional, pero no se ha estudiado bajo las reglas de la argumentación jurídica, y ello sería aporte.</p>	<p><u>Hipótesis Principal</u></p> <p>Resulta mayoritariamente incorrecta la aplicación del control convencional y su argumentación jurídica en el sistema judicial peruano.</p>	<p>Para demostrar y comprobar la hipótesis anteriormente formulada, la operacionales, determinando las variables e indicadores que a continuación se mencionan:</p>	<p><u>Tipo de Investigación</u></p> <p>Por el tipo de investigación, el presente estudio reúne las condiciones metodológicas de una investigación explicativa inductiva.</p>
<p><u>Problemas Específicos</u></p> <p>¿Devienen importante la evolución y aplicación del</p>	<p><u>Objetivo Específico</u></p> <p>Analizar si deviene importante la evolución y aplicación del control</p>	<p><u>Control Convencional</u></p> <p>Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los</p>	<p><u>Hipótesis Secundaria</u></p> <p>Es importante la evolución y aplicación del control de convencionalidad para la resolución</p>	<p><u>Variable X = Variables Independientes:</u></p> <p>X. La aplicación del control convencional.</p> <p>X1. La argumentación jurídica en</p>	<p><u>Nivel de la Investigación</u></p> <p>De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, reúne por su nivel las características de un estudio relacional (relación de variables).</p> <p><u>Método de la Investigación</u></p> <p>Durante el proceso de investigación para demostrar y comprobar la hipótesis se aplicarán los</p>

<p>control de convencionalidad para la resolución de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano?</p> <p>¿Existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano?</p> <p>¿Qué métodos de la teoría de la argumentación jurídica se proponen utilizar para aplicar el control</p>	<p>de convencionalidad para la resolución de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano</p> <p>Explicar si existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano</p> <p>Indicar qué métodos de la teoría de la argumentación jurídica se proponen utilizar para aplicar el control convencional en el</p>	<p>actos y las normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).</p> <p><u>Argumentación Jurídica</u></p> <p>Justificar lógicamente una decisión o acto controvertido.</p> <p><u>Sentencia Judicial</u></p> <p>Pronunciamiento que emite un magistrado sobre una determinada petición, ya sea un reconocimiento de un derecho o sobre la resolución de un conflicto.</p>	<p>de los procesos judiciales en el sistema judicial peruano.</p> <p>No existe alguna estructura o método que se utiliza para aplicar el control de convencionalidad por parte del sistema judicial peruano.</p> <p>Se propone utilizar métodos de la teoría de la argumentación jurídica para aplicar el control convencional en el sistema judicial peruano</p>	<p><i>el sistema judicial peruano.</i></p> <p><u>Indicadores:</u></p> <p>Grado de utilización del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano. (VI)</p> <p>Grado de utilización de una estructura que permita predecir la adecuada utilización del control de convencionalidad. (VI)</p> <p>Grado de utilización de las teorías de argumentación jurídica en el sistema judicial peruano. (VD)</p> <p>Nivel de importancia de las tesis de argumentación jurídica</p>	<p><i>métodos que a continuación se indican:</i></p> <p><u>Explicativo o Causa.</u> <i>Se confrontarán resoluciones judiciales, Tratados Internacionales, y normas positivas.</i></p> <p><u>Diseño de la Investigación:</u> <i>No experimental transeccional</i></p>
--	---	--	---	---	--

convencional en el sistema judicial peruano ?	sistema judicial peruano			para la aplicación del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano. (VD)	
---	--------------------------	--	--	---	--

IX.2.- Matriz de operacionalización de variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	INDICADORES
<p>La aplicación del control convencional (variable independiente)</p>	<p>“Junto al control de constitucionalidad existe también el que se ha denominado control de convencionalidad, que tiene por finalidad analizar la compatibilidad de normas o actos de los gobernantes con los tratados, pactos o convenciones internacionales (...) si como consecuencia del control el tribunal advierte que la norma local es contraria a la convención, (...) debe inaplicar el precepto local” Roberto G. Loutayf Ranea (2018)</p>	<p>La aplicación del control de convencionalidad se medirá por medio de la descripción de su origen, de evolución aplicativa en los casos ante la Corte ISH y del SIDH; como también la asunción de dicha figura en los casos peruanos.</p>	<p>Creación de la figura.</p> <p>Evolución de la figura</p> <p>Utilidad de la figura en el SIDH</p> <p>Importancia de la figura el sistema judicial peruano.</p> <p>Cuantos casos se han venido aplicando.</p> <p>Correcta aplicación en los casos peruanos.</p>	<p>Grado de utilización del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano.</p> <p>Grado de utilización de una estructura que permita predecir la adecuada utilización del control de convencionalidad.</p>

<p>La argumentación jurídica en el sistema judicial peruano (variable dependiente)</p>	<p>“Argumentar es simplemente eso, dará razón expresa de algo que se afirma o se prefiere. Al decir “de algo que se afirma o se prefiere”, ya estamos diferenciando dos campos separados, aunque no desconectados; el del conocimiento y el de la acción. O, en terminología también usual, el de la razón teórica y el de la razón práctica. No son los únicos, pero son los que más nos interesan aquí ahora”. (J. A. García Amado, 2017, p. 206)</p>	<p>La argumentación jurídica se medirá por medio de su explicación teórica, su funcionalidad, su tesis más resaltante, su contribución con la administración de justicia en el sistema judicial peruano.</p>	<p>Creación y vigencia de la figura.</p> <p>Tesis principales sobre la figura.</p> <p>Contribución a la administración de justicia.</p> <p>Colaboración con otras figuras para que pueda tener estructura.</p> <p>Derecho de atención y recuperación de salud</p> <p>Derecho de consentimiento informado</p> <p>Derecho de protección de derechos</p>	<p>Grado de utilización de las teorías de argumentación jurídica en el sistema judicial peruano.</p> <p>Nivel de importancia de las tesis de argumentación jurídica para la aplicación del control de convencionalidad en el sistema judicial peruano.</p>
---	---	--	---	--