



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.03



Control de convencionalidad en sede nacional: impacto en la separación de poderes

Control of conventionality in national headquarters: impact on the separation of powers

Eduardo J. Meza Flores*

Distrito Fiscal de Arequipa
(Arequipa, Perú)
emeza@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7059-150X>

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha asumido en los últimos quince años un protagonismo inusitado llevando a los Estados parte a adoptar políticas de Estado trascendentes en el desarrollo de sus sociedades. Sin embargo, es probable que en algunos casos la Corte no haya considerado los efectos específicos que sus decisiones puedan ocasionar en la estructura política y en los fundamentos constitucionales de dichos Estados.

El tema al que se hace referencia resulta siendo importante académica y jurídicamente no solo por su actualidad en el contexto de los Estados parte

* Fiscal provincial titular del Distrito Fiscal de Arequipa. Doctor en Derecho, docente de posgrado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú).

de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sometidos a la competencia de la Corte IDH; sino primordialmente, por la trascendencia que tienen los estándares y obligaciones determinadas en sus decisiones que resultan siendo vinculatorias principalmente para los magistrados. Tal vinculatoriedad es materia de discusión no sólo en el ámbito nacional.

El objeto de este trabajo es el determinar cómo afecta a la separación de poderes de los Estados parte, la obligación establecida jurisprudencialmente por la Corte, de efectuar un control por toda autoridad estatal —sin distinción alguna— de compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las leyes nacionales de cada país y, de ser el caso, inaplicarlas.

Para ello, se determinó como unidades de estudio principales siete sentencias emitidas por la Corte, en el periodo 2018 a julio de 2020 en las que se refirió expresamente al control de convencionalidad, habiéndose empleado el enfoque cualitativo y como técnica, la observación. En tanto, se recurrió al método inductivo y al deductivo para la interpretación.

Los resultados mostraron que la Corte IDH obliga a una forma de control de compatibilidad para todos los países sin considerar las particularidades en la estructura política-jurisdiccional consagradas en sus constituciones afectando el principio de separación de poderes al imponer tal obligación a toda autoridad estatal. Esto no se condice con las funciones establecidas expresamente por las constituciones de los Estados parte, para lo cual se trató brevemente, a manera de ejemplo, el caso peruano que nos resulta más cercano.

Palabras clave: Corte Interamericana, separación, poderes públicos, control, convencionalidad, constitucionalidad

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) has assumed an unusual role in the last fifteen years, leading the States Parties to adopt transcendent State policies in the development of their societies. However, it is probable that in some cases the Court has not considered the specific effects that its decisions may have on the political structure and constitutional foundations of said States.

The subject to which we refer turns out to be important academically and legally not only because of its relevance in the context of the States party to the American Convention on Human Rights (ACHR) subject to the jurisdiction of the Inter-American Court; but primarily because of the importance of the standards and obligations determined in their decisions, which are mainly binding on the magistrates. Such binding nature is a matter of discussion not only at the national level.

The purpose of this study is to determine how the separation of powers of the States Parties is affected by the obligation established by the Court in jurisprudence to carry out a control by all State authorities -without any distinction- of compatibility between the American Convention on Human Rights and the national laws of each country and, if applicable, not apply them.

To this end, seven judgments issued by the Court were determined as main study units, in the period 2018 to July 2020, in which he expressly referred to conventionality control, having used the qualitative approach and as a technique, observation. While the inductive and deductive method were used for interpretation.

The results showed that the Inter-American Court requires a form of compatibility control for all countries without considering the particularities in the political-jurisdictional structure enshrined in their constitutions, affecting the principle of separation of powers by imposing such an obligation on all state authorities, which that it is not consistent with the functions expressly established by the constitutions of the States parties, for which the Peruvian case that is closest to us was briefly discussed, as an example.

Key words: Inter-American Court, separation, public powers, control, conventionality, constitutionality

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

En el presente trabajo se confrontan los efectos de las obligaciones impuestas a los Estados parte, a través de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el control de compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y las disposiciones nacionales de tales Estados, con el principio de separación de poderes.

En este sentido, se entiende que cada Estado es soberano en la determinación de su estructura orgánica establecida por su propia Constitución y las funciones que en esta se les asigna. En términos generales, se denomina la constitución orgánica que se complementa con los derechos y libertades fundamentales que ella garantiza, estableciendo los mecanismos necesarios para tal fin, permitiendo la realización del Estado constitucional del derecho y evitando el poder absoluto (Zagrebel'sky et al., 2020).

Por tal razón, dichos Estados suelen consagrar expresamente el principio de separación de poderes delimitando el ejercicio de las funciones y atribuciones que a cada uno les corresponde, así como a los órganos constitucionalmente autónomos. Para ello, también se basan en el principio de legalidad. La administración pública solo puede hacer lo que la ley expresamente le faculta, a fin de evitar abusos de poder en agravio de las personas.

Guarda relación directa con la anteriormente señalado la independencia de los poderes estatales en sentido horizontal y vertical, en este último caso, respecto a la forma en que se distribuye el poder gubernamental (Barker, 2005) y consecuentemente, las facultades que les son propias, compartidas o delegadas.

Resulta indispensable hacer referencia brevemente al principio de separación de poderes, principio tan antiguo como la democracia misma, y su connotación actual; así como a un constructo creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el control de convencionalidad en el ámbito interno de los países que se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Separación de poderes

En los regímenes democráticos, la separación de los poderes clásicos del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial es de tal importancia que se ha convertido en un principio consagrado generalmente en la propia Constitución como garantía de los derechos y libertades esenciales de las personas a tal punto

que dentro del Estado constitucional de derecho constituye una de sus piedras angulares; siendo el uno el contrapeso o freno del otro.

Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes* (1748/trad. 2012) señalaba que en cada Estado existían los tres poderes ya referidos. Por el poder legislativo, el príncipe o magistrado hacía las leyes, temporales, permanentes o las derogaba. Por el poder ejecutivo, disponía de la seguridad, prevenía invasiones, declaraba la guerra, etc. Por el poder de juzgar, castigaba los delitos o juzgaba la querrela de los particulares. Si los tres poderes no se encuentran separados —refería—, no existe libertad, por lo que nada cabría hacer si los tres poderes se reúnen en una sola persona o en un mismo cuerpo (pp. 88-89).

La finalidad perseguida por Montesquieu no fue ni es fácil de lograr por cuanto si alguno de ellos no cumple debidamente la función que le asigna la Constitución o se excede en sus atribuciones, el sistema de contrapesos falla, aun cuando formalmente las desarrollen (Anselmino, 2016. p. 192).

No se puede hacer referencia a una separación en estricto, sino a una distribución de funciones, pese a que la realidad muestra las debilidades del sistema debido a las diferencias en su aplicación. Por ejemplo, esto sucede entre un gobierno presidencialista y uno parlamentarista (Villalobos, 2019); o entre uno de democracia consolidada y otro en vías de serlo. Sin embargo, debe rescatarse su importancia al garantizar la efectividad de la libertad y la de los derechos fundamentales (Ospina Garzón, 2019).

A ello debe sumarse que la Organización de las Naciones Unidas considera que existe una estrecha y unívoca relación entre Estado constitucional de derecho y derechos humanos, siendo que cada Estado experimenta su desarrollo de forma particular, aunque comparten características cimentadas en normas y reglas internacionales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de julio de 2014).

Sin embargo, si bien es cierto que el Estado es unitario, debe distinguirse la separación de poderes como estructura de sus funciones, ya que actualmente es posible que un poder pueda realizar algunas funciones que anteriormente correspondía a otro. Un ejemplo claro es permitir que el Poder Ejecutivo emita disposiciones con rango de ley. Se debe apreciar que dentro de un poder estatal existen órganos que ejercen determinadas atribuciones las que no pueden ser asumidas por otros órganos conformantes del mismo poder.

En este sentido, debe existir también un balance y un control entre los poderes respecto a las funciones que a cada uno la Constitución les atribuye. Razón por la cual el principio de legalidad y el de supremacía constitucional

convergen como caras de una misma moneda, determinando qué atribuciones y competencias les corresponde en la estructura estatal.

Así un miembro de la Policía Nacional no podría ejercer válidamente aquellas funciones que la ley expresamente no le reconoce —principio de libertad negativa—, como el de declarar la inconstitucionalidad de una ley por ser inconveniente y, por ende, su inaplicabilidad al caso concreto que se le presente en ejercicio de sus competencias y procedimientos.

A nivel latinoamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que uno de los problemas más serios que afrontan los Estados de esta región es el menoscabo de este principio, lo que se tangibiliza mayormente en la subordinación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo, recomendando:

Establecer a nivel de la Constitución, en los Estados en donde aún no está garantizada, la separación de poderes, consagrando con claridad que el Poder judicial es independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo y que no está subordinado a ninguno de estos poderes. (2013, p. 107)

Por su parte en su voto parcialmente disidente el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador de 28 de agosto de 2013 párrafo 15; enfatiza en que:

La separación de poderes guarda una estrecha relación no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los individuos, evitar la concentración de poder que pueda transformarse en tiranía y opresión, así como permitir el cumplimiento adecuado y eficiente de las finalidades asignadas a cada rama del poder público. Sin embargo, la separación de poderes no solamente implica una especialización de las labores estatales de acuerdo con como hayan sido asignadas, sino que a su vez implica la existencia de un sistema de «frenos y contrapesos», mediante el cual se constituya un control y fiscalización recíproco entre cada rama del poder.

Convenimos en que el principio de separación-distribución de poderes ha tenido una evolución natural que alcanza mayor eficacia en el Estado constitucional de derecho. En tal Estado el principio de legalidad desarrolla un rol preponderante al determinar las funciones, atribuciones y competencias que les corresponde, así como a la totalidad de entidades de la administración pública para erradicar la arbitrariedad.

En el caso peruano, la Constitución Política de 1993 en su artículo 43 señala que nuestra República es democrática y sustentada en la separación en tres poderes clásicos; reconociendo organismos constitucionalmente autónomos.

La Constitución se refiere al Poder Legislativo a partir del artículo 90 hasta el 109 confiriéndole entre sus principales funciones el de legislar, cautelar

por el respeto de la Carta Magna y las leyes; aprobar tratados, así como el Presupuesto y la Cuenta General; autorizar empréstitos y ejercer el derecho de amnistía.

En cuanto al Poder Ejecutivo, desde los artículos 110 al 137, determina primordialmente que corresponde al Presidente de la República, el de cumplir y hacer cumplir la Constitución, así como como los tratados, las leyes y disposiciones legales.

Finalmente, le corresponde al Poder Judicial desde el artículo 138 hasta el artículo 149. Lo más relevantes es su función esencial de administrar justicia en concordancia con los principios y las funciones que le son conferidas como el de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso, la gratuidad en la administración de justicia, entre otros.

Igualmente, se confieren funciones específicas a los órganos constitucionalmente autónomos como a la Junta Nacional de Justicia, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Banco Central de Reservas, Contraloría General de la República, Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Con relación al Sistema de Defensa Nacional, este se desarrolla en el ámbito interno y externo. En el artículo 165, la Constitución expresa que corresponde a las Fuerzas Armadas “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”.

En tanto que, en el artículo 166 de la Constitución, se refiere a la Policía Nacional, confiriéndole el deber de garantizar el orden interno y el acatamiento de las leyes.

Como se observa, la Constitución organiza y atribuye las funciones que a los distintos poderes del Estado les corresponde, así como a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales, a las Fuerzas Armadas, a la Policía Nacional. En tanto que normas específicas desarrollan las atribuciones de los ministerios y demás entes que conforman la estructura estatal e incluso la de aquellos que, no siendo estatales, desarrollan servicios públicos.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento de sus fallos

De acuerdo con el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, esta tiene por finalidad la consolidación de los derechos esenciales de la persona humana

dada su condición de tal que trascienden territorios y nacionalidades, complementando la protección que corresponde al derecho interno de los Estados americanos.

En ese sentido, el artículo primero de la convención mencionada se refiere a la obligación de respetar los derechos y libertades de las personas reconocidos en ella a la que se comprometen los Estados Parte, sin discriminación alguna (Steiner y Uribe, 2014, p. 42).

En tanto que, en su artículo 33, confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte IDH la competencia para «conocer de los asuntos relacionados al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención».

En concordancia con el párrafo anterior, el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que dicha Corte 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». Estas funciones esenciales son de dos tipos: una jurisdiccional y otra consultiva.

La función jurisdiccional de la Corte es regulada por los artículos 61 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando que únicamente los Estados parte y la Comisión pueden presentar un caso ante la Corte, previo agotamiento de los procedimientos establecidos en los artículos 48 a 50 de la Convención; siendo importante resaltar lo dispuesto en su artículo 62:

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

Respecto a los fallos de la Corte, estos deberán ser motivados (art. 66); son definitivos e inapelables (art. 67). Los Estados Parte en la Convención se comprometen a dar cumplimiento a las decisiones de la Corte en todo caso en el que sean partes; y de contener una indemnización compensatoria «se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado» (art. 68); siendo que el fallo de la Corte es definitivo e inapelable, comprometiéndose a cumplir estas decisiones. Por ende, se colige que reconocen como el máximo intérprete

de la Convención y de su aplicación, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. La Convención de Viena y obligatoriedad de los tratados

Es oportuno apuntar que, de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena, todo tratado en vigor obliga a los Estados parte, debiendo ser cumplido por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*); siendo que un Estado parte no puede ampararse en disposiciones o normas de derecho interno para no cumplir con un tratado (art. 27).

A ello debe sumarse que, conforme al artículo 53 se instituye por primera vez las normas imperativas de primer nivel del derecho internacional (denominadas normas *ius cogens*), debiendo concordarse con el artículo 64 de la misma Convención; siendo nulo todo tratado que al celebrarse afecte una norma *ius cogens*, por cuanto esta última al ser admitida y reconocida a nivel internacional únicamente se modificará por disposición posterior que también goce de tal esencia.

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (...)

64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Usualmente se consideran, por su objeto de protección, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, como disposiciones imperativas que no admiten acuerdos en contrario, salvo otra norma posterior de la misma naturaleza, surtiendo efectos *erga omnes*.

En este sentido, cabe recordar que inicialmente la Comisión Interamericana se refirió a estas disposiciones imperativas en el caso Roach y Pinkerton contra Estados Unidos, caso Michael Domínguez contra Estados Unidos. Posteriormente, la Corte Interamericana hace referencia por vez primera al *ius cogens* en el caso Aloeboetoe; en tanto que en la opinión consultiva OC-18/03 la desarrolló más ampliamente.

5. Tratados internacionales sobre derechos humanos

Es oportuno señalar en este punto que los Estados confieren diversas jerarquías a los tratados internacionales sobre derechos humanos sin uniformidad sobre la materia.

A manera de muestra citaremos tres casos. En la República de Costa Rica, el derecho internacional de los derechos humanos tiene nivel supraconstitucional según parte de la doctrina especializada, considerando como base el artículo 7 de su Constitución (Armijo, 2014, p. 167).

Por su parte, la Constitución de Argentina, en su artículo 75, inciso 22, determina expresamente qué instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, sin perjuicio de que otros instrumentos de derechos humanos pudieran adquirir tal calidad a partir de mecanismos establecidos por el Congreso (Martínez y Rosatti, 2019, p.136).

Finalmente, en Chile, su Constitución no reconoce expresamente la jerarquía constitucional de estos instrumentos internacionales, interpretándose de distintas maneras el artículo 5.2 de su Constitución, lo que se plasma en la jurisprudencia de su Corte Suprema (le asigna nivel constitucional y hasta supraconstitucional) y del Tribunal Constitucional quien le atribuye nivel de ley (Vargas Cárdenas, 2020, p. 14).

6. Sobre la obligación y cumplimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

De lo señalado anteriormente, se desprende que los Estados parte de la Convención asumen la obligación de respetar dicha Convención y esencialmente los derechos y libertades que reconoce garantizando el libre y pleno ejercicio de las personas bajo su jurisdicción.

Considerando la definición básica sobre *obligación* que nos brinda la Real Academia Española, los Estados parte asumen una exigencia moral que debe regir la libre voluntad para acatar dicha Convención.

En forma complementaria, el artículo 33 de la Convención encarga a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competencia en cuanto al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención. Es decir, ambos organismos son los encargados de verificar si tales Estados están cumpliendo realmente las obligaciones contraídas en la Convención.

Pero al referirse a las funciones de la Corte Interamericana, la Convención claramente señala que se encarga de «conocer de cualquier caso relativo a la

interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido» (artículo 62.3).

Por ende, es función de la Corte el declarar el sentido de las disposiciones de la Convención en un caso concreto de lo que se ha dicho en ella. De acuerdo con lo afirmado, corresponde también a la Corte la comprobación o fiscalización de la aplicación de las disposiciones convencionales en cada caso particular, lo que devendría en una acción de control jurisdiccional.

7. Separación de poderes y jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el Perú

En el caso peruano la Constitución señala las atribuciones y competencias de los poderes y órganos constitucionalmente autónomos, los que están desarrollados de manera específica por leyes conformantes del bloque de constitucionalidad.

Igualmente, la Ley n.º 27444, en su artículo I del Título Preliminar, determina qué se entiende por entidad o entidades de la Administración Pública.

Debe precisarse que, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, la potestad de administrar justicia la ejerce el Poder Judicial de conformidad a la Constitución y las leyes; y de existir incompatibilidad entre la primera y la segunda, prima la Constitución (control difuso de constitucionalidad).

El mencionado artículo debe concordarse con el artículo 55 de la misma Constitución que consagra a esta, como norma suprema que prevalece sobre toda norma legal, y la ley sobre normas de inferior jerarquía y así sucesivamente, debiendo ser observada por todos los peruanos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional a partir de una interpretación sistemática de la Constitución en base al mencionado artículo 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma, considera que la Convención ADH tiene jerarquía constitucional.

En ese camino, de acuerdo con la Constitución, el Estado es uno e indivisible, siendo que el gobierno se organiza según el principio de separación de poderes; por lo que de existir incompatibilidad entre una norma de jerarquía constitucional —como la Convención ADH y una legal—, el juez debe preferir la disposición constitucional sobre la legal, ejerciendo un control jurisdiccional.

Este control determinado por la propia Constitución es de tal importancia que amerita ser debidamente aplicado, garantizándose que se realice objetiva y razonablemente, por lo que, si la sentencia en la que se inaplica una ley

por control difuso no es revisada en la respectiva apelación, debe elevarse en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

En consecuencia, en el ordenamiento interno del Perú todos los peruanos tienen la obligación de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional (art. 38 de la Constitución); por ende, al ser la Convención ADH parte del ordenamiento nacional, todos los peruanos, incluyendo a las autoridades estatales, están obligadas a cumplir y hacer cumplir la Convención. Si la ley es contraria a la Constitución o disposición del bloque de convencionalidad, deberá inaplicarla en el caso específico y si se trata de un proceso de inconstitucional, deberá ser derogada por el Tribunal Constitucional.

8. Control de convencionalidad

De conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto la Corte IDH y la Comisión IDH son sus órganos competentes para conocer lo concerniente al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención, siendo que ambos órganos conforman parte de lo que se denomina el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Comisión se encarga de «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos»; de acuerdo con la Convención Americana de los derechos humanos (art. 41). En tanto que la Corte tiene entre sus funciones la competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, competencia a la que se someten dichos Estados y a la que reconocen como obligatoria de pleno derecho (art. 62 de la Convención), comprometiéndose «a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes» (art. 68 del mencionado instrumento).

Como se observa, la aplicación e interpretación de las disposiciones de la convención es connatural a la Corte a partir de lo señalado, siendo la razón de su existencia, consustancial a la resolución de los conflictos —y consultas— que son de su competencia, sentencias que resultan siendo vinculante «en todo caso en que sean partes».

La Corte empleó expresamente la denominación de control convencionalidad desde el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile; refiriéndose a este, como una institución empleada específicamente en la Convención Americana, sus fuentes y en la jurisprudencia de este tribunal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 24).

No obstante, existen opiniones que señalan que realmente la Corte solo aplica la Convención Americana y la jurisprudencia que la interpreta, y no se realiza un control de convencionalidad:

A partir de la nueva integración de la Corte Interamericana parece que esta tiene claro, al menos por mayoría, que su falso control de convencionalidad no es más que una mera aplicación de la Convención Americana y de la jurisprudencia derivada de las interpretaciones de esta, que no es más que los Estados cumplan con sus obligaciones primarias al ser parte de los tratados interamericanos, y que, en caso de que ello no ocurra, como todo sistema internacional, subsidiaria o complementariamente actúa la CoIDH, previo paso por la CiDH, en ejercicio de un verdadero control de convencionalidad (Castilla Juárez, 2014, p. 170).

Sin embargo, debemos subrayar la posibilidad que la aplicación de este control de convencionalidad, pueda llevar a futuro a la Corte a convertirse en una cuarta instancia, contraviniendo sus propios principios:

En suma, en lo que se refiere a los derechos humanos, transformar por la vía jurisprudencial el control de convencionalidad en un instrumento más acorde con la supranacionalidad, en donde, por tanto, se produciría una transferencia de competencias de la esfera nacional a la internacional, dejando la primera de tenerla en beneficio de la segunda y, consecuentemente, siendo efectivamente vinculante de manera directa en el orden interno lo dispuesto en el internacional, implicaría que la jurisdicción interamericana no sería coadyuvante o complementaria de la interna, sino sustitutiva de la misma o una «cuarta instancia». (Vio G., 2015, p. 109)

Es oportuno aclarar que no se plantea como tema de discusión la aplicación de la Convención y de las interpretaciones de la Corte sobre los derechos convencionales por todas las autoridades de un Estado parte, así como la interpretación conforme a la Convención que deban efectuar en ejercicio de sus funciones, competencias y procedimientos; armonizando la Constitución y leyes nacionales, ya que ello les es consustancial conforme se expuso antes.

El problema residiría en determinar si dichas autoridades de la administración pública están facultadas efectivamente para efectuar un *control difuso* de convencionalidad respecto a los actos y disposiciones emitidas por otras autoridades estatales, inaplicándolas si así lo consideran, al apreciar que son inconvencionales.

En la jurisprudencia constitucional peruana, se tienen algunos datos importantes al respecto. En la sentencia recaída en el Exp. n.º 03741-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional interpretó que los tribunales o colegiados de la administración pública debían aplicar control difuso de constitucionalidad de acuerdo con los artículos 38, 51 y 138 de la Carta Magna.

Posteriormente se precisó que tal atribución correspondía solo a los tribunales administrativos u órganos colegiados que imparten justicia administrativa nacional y adscritos al Poder Ejecutivo.

Algunos años después, en la sentencia del Expediente n.º 04293-2012-PA/TC, se dejó sin efecto tal atribución de *control difuso* a la administración

pública, señalando que la Constitución atribuye dicha función al Poder Judicial y que “en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución. Sin embargo, en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos”.

En síntesis, el Tribunal Constitucional consideró también que la importancia y trascendencia del ejercicio del *control difuso* es tal, que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por tal razón, si la sentencia en la que se aplica *control difuso* no es apelada debe ser elevada en materia de consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (lo que tampoco es factible si era aplicado en sede administrativa). A lo señalado agregaba que, de permitirse, se afectaba «el sistema dual de jurisdicción constitucional establecida para el Poder Judicial y para el Tribunal Constitucional» en atención a los artículos 138 y 2011 de la Constitución, así como el principio de separación de poderes.

El objetivo planteado en el presente trabajo consiste en determinar cómo la obligación de efectuar el *control difuso* de convencionalidad -compatibilidad entre Convención y legislación interna- dentro de cada Estado Parte por toda autoridad, impuesto por la Corte Interamericana, puede afectar al principio de separación de poderes de dichos Estados.

Al efecto de las sentencias expedidas por la Corte IDH durante el periodo 2018 a julio de 2020 y recabadas en texto completo de su página web oficial, se determinaron siete que se refieren al tema materia de investigación:

Tabla 1

Sentencia de la Corte IDH que se refieren expresamente al control de convencionalidad

Sentencias	Párrafo
Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú de 12/03/2020 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)	269
Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú de 21/11/2019 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)	200-202

Caso Gorigoitia vs. Argentina de 02/09/2019 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)	55 y 73
Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (Fondo, reparaciones y costas)	75; 128-130
Caso Órdenes de Guerra y otros vs. Chile de 29/11/2018 (Fondo, reparaciones y costas)	100; 101; 130-131; 135-136
Caso Herzog y otros vs. Brasil de 15/03/2018 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)	197-199; 292-293; 311-312
Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela de 08/02/2018 (Fondo, reparaciones y costas)	191-192

Nota. Elaborada en base a datos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo permitió concluir que, al imponer la Corte IDH una forma de control nacional de la aplicación de la Convención por todas las autoridades de la administración pública de un país, se afecta negativamente el principio de separación de poderes al conferirles una atribución que no puede otorgarse por vía de interpretación. Por citar en el caso de Perú, se encuentra determinada por la Constitución como garantía de los derechos humanos de sus ciudadanos; no debiendo confundirse el cumplimiento por toda autoridad estatal de la disposición convencional con su control jurisdiccional.

9. Material y métodos

Para la consecución del objetivo propuesto se trabajó con aquellas sentencias expedidas por la Corte IDH publicadas en su página web oficial. Estas expresamente se refieren al control de convencionalidad durante el periodo 2018 a julio de 2020 las que hacen un total de siete.

Igualmente, se empleó el enfoque cualitativo, como técnica la observación de las características esenciales con relación al objetivo formulado y como instrumento las fichas estructuradas. Por tanto, que para la interpretación se recurrió al método inductivo y deductivo.

En cuanto a las sentencias, se ubicaron: una que corresponde al año 2020; tres, al año 2019 y tres al año 2018; lo que hace un total de siete sentencias que constituyen nuestras unidades de estudio principales.

10. Resultados

Del análisis de las sentencias en mención se ha determinado como resultado dos criterios importantes referidos al tema de investigación que presentamos a continuación.

El primero, la Corte considera que tanto los jueces como los órganos que se hallan vinculados a la administración de justicia nacional en todos sus niveles. De oficio tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad respecto de las normas internas o los actos estatales con la CADH, pero en el ámbito de sus respectivas competencias y de sus regulaciones procesales propias.

El segundo, la Corte determina que toda autoridad del Estado parte, en el ámbito de sus competencias propias y regulaciones procesales, está obligada a ejercer el control de convencionalidad respecto a actos, omisiones y normas internas. Estas transgredan las disposiciones de la CADH y de las interpretaciones realizadas por la referida Corte —al ser intérprete última de la Convención— a fin de armonizar tanto la aplicación como la interpretación nacional con las obligaciones sobre derechos humanos contraídas internacionalmente por los Estados parte.

Dicho criterio fue establecido en el Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019 (fondo, reparaciones y costas); Caso Gorioitia vs. Argentina de 02/09/2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala de 14/10/2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 58. Finalmente, en el Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú de 21 de noviembre de 2019.

11. Discusión

11.1. Control de convencionalidad como obligación de toda autoridad estatal, además de los jueces

A partir de los Casos Colindres Schonenberg vs. El Salvador de 04/02/2019, Gorioitia vs. Argentina de 02/09/2019, Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala, y Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Se tiene que la Corte IDH impone a los Estados que todas sus autoridades administrativas,

además de cumplir con la Convención y sus interpretaciones, deben efectuar un control de convencionalidad inaplicando las leyes o actos que sean contrarias tanto a la Convención o a sus interpretaciones.

De las sentencias referidas, para la Corte el cumplimiento de la Convención y su control resultan siendo similares al menos como obligaciones. Afectan el principio de separación de poderes y atribución de funciones ya que todas las autoridades de la administración pública deben, además de aplicar la Convención, efectuar un control de convencionalidad interna (*control difuso* de convencionalidad) que significa dejar sin efecto una ley nacional cuando consideren que es contraria a la Convención según la propia interpretación que realicen.

En el Perú, de las disposiciones constitucionales se deriva la función de control constitucional y, por ende, la compatibilización con la Convención. Sin embargo, no se desprende de ella, la atribución de control jurisdiccional a toda autoridad, existiendo una notoria diferencia entre los significados de los vocablos control y aplicación o cumplimiento.

Por tanto, todas las autoridades peruanas tienen la obligación de cumplir con dicha Convención, mas no todas tienen constitucionalmente la facultad de ejercer control de compatibilidad entre la Convención y las leyes nacionales, ya que dicha labor constitucionalmente corresponde, en principio, a los jueces del Poder Judicial y a los magistrados del Tribunal Constitucional, ello de una interpretación sistemática.

De lo contrario, se asume el riesgo de la asignación jurisprudencial por la Corte IDH a toda autoridad administrativa del denominado *control difuso* de convencionalidad, sometiendo a todo ciudadano y al país en su conjunto, al arbitrio burocrático basado en las interpretaciones que de la CADH puedan efectuarse, interpretación y control que no goza de las garantías de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, Domingo García Belaúnde señala que tal atribución sería peligrosa, aun cuando se ejerza dentro de las competencias de las autoridades administrativas:

Pero supongamos que en un proceso administrativo—en rigor un procedimiento—entre el Estado y un particular, este solicite algo que la Convención o la jurisprudencia de la Corte no permite y que el particular insiste en ella, pues lo ampara la legislación interna. En este supuesto ¿debe la Administración, o sea la burocracia de un Estado, denegar un pedido del administrado porque se opone a la Convención? Esto sería conceder expresamente a la Administración poderes jurisdiccionales que es peligroso y nada recomendable y que generalmente las constituciones locales no otorgan. En efecto, la Administración puede negarlo por diversos motivos, pero a quien corresponde confirmarlo es al órgano jurisdiccional. (2015, p. 145)

11.2. Efectos en el principio de separación de poderes de los Estados Parte

De aplicarse el criterio de la Corte IDH anteriormente indicado, se tendría que todas las autoridades estatales, además de las funciones asignadas constitucionalmente, deben aplicar las normas convencionales y controlar respecto a terceros que sus actos sean también convencionales, de lo contrario las inaplicarán.

Así, por citar, el presidente de la República y el Congreso tienen la obligación de efectuar *control difuso* de convencionalidad —contrariando las atribuciones constitucionales— dejando sin efecto una disposición legal porque consideran que contraviene la Convención ADH. Por ende, ambos poderes pueden ejercer en buena cuenta, además de sus funciones, la atribución de control jurisdiccional que compete al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

Corroborando lo expuesto, el exjuez de la Corte IDH Sergio García Ramírez al considerar que esta interpretación efectuada por la Corte IDH es irracional. Requiere de aclaraciones y rectificaciones ya que control no es sinónimo de «obligados a la observancia de normas nacionales e internacionales»; siendo necesario que la Corte eche «mano de elaboradas interpretaciones o de francas y acaso pertinentes aclaraciones y rectificaciones» (2016, p. 179) para solucionar este problema.

Parte de la doctrina considera que el *control difuso* de convencionalidad debe ser ejercido por los órganos jurisdiccionales, aunque el tema no es pacífico (Del Rosario, 2015) al generar discusiones sobre quienes han de ejercer tal control en sede nacional (Cárdenas y Suárez, 2020, p. 600). En todo caso, tal control debe ser ejercido sin transgredir competencias ni alterar la atribución del Estado de determinar su organización y funciones (Nogueira, 2017). Así, Néstor Pedro Sagúes expresa que:

De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar —igualmente de oficio— por la inaplicación de las reglas nacionales (control represivo). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado (2015, p. 149).

El *control difuso* de convencionalidad a que se refieren las sentencias analizadas, en el caso peruano, debe realizarse a partir del *control difuso* de constitucionalidad efectuado por los órganos jurisdiccionales ya que si una ley es contraria a la Constitución y norma conformantes del bloque de constitucionalidad —como lo es la Convención ADH— el juez debe aplicar

control difuso e inaplicar la ley si fuere el caso, lo que conlleva la posibilidad que tal decisión sea revisada incluso por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, brindando una mayor garantía ya que sus efectos son trascendentales.

Finalmente, en materia de derechos humanos es también importante considerar lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien en su Observación General número tres del 13° Periodo de Sesiones (1981) respecto artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que dicho artículo deja en libertad a los Estados Parte en la determinación del método de aplicación del Pacto en sus jurisdicciones (Castañeda, 2015, p. 220). A tal albedrío algunos tratadistas le denominan arbitrio o margen nacional -diferente al margen de apreciación-, permitiendo a los Estados decidir cómo se aplica el indicado Pacto en sus territorios.

Este arbitrio o margen nacional debería ser también observado en la práctica por la Corte IDH, en consonancia con la estructura interna de cada Estado parte, efectivizando la labor complementaria de la CADH, según reza en su preámbulo, cumpliendo así con una función armonizadora en la materia señalada.

12. Conclusiones

- ▶ Si bien la Corte IDH señala que no impone un modelo de control de constitucionalidad o convencionalidad interna; en la práctica ocurriría lo contrario, afectándose el principio de separación de poderes modificando vía interpretación la propia Constitución —como se aprecia en el caso peruano—, inobservando el procedimiento de reforma constitucional, generando también inseguridad jurídica. Debe considerarse al efecto, el arbitrio o margen nacional de cada Estado parte.
- ▶ El control a cargo de los órganos jurisdiccionales resulta aceptable en la medida en que es parte de sus funciones constitucionalmente determinadas en el Perú. Sin embargo, discrepamos en cuanto su extensión a los órganos que se hallan vinculados a la administración de justicia nacional, por los fundamentos anteriormente señalados, sin desdeñar la labor que desempeñan.
- ▶ A partir de lo determinado por la Corte IDH, se confunde dos actividades que resultan siendo diferentes: por un lado, la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos que es de obligatorio cumplimiento por toda autoridad en el ejercicio de sus competencias y procedimientos. Por otro lado, el control respecto de

la aplicación de dicha Convención por distintas autoridades estatales y su compatibilidad convencional.

- ▶ El control de constitucionalidad y de convencionalidad es atribución en el caso del Perú, del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, juntamente con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución.
- ▶ Se ha cumplido con el objetivo principal de este trabajo al determinarse que tal imposición de la Corte interfiere con el principio de separación de poderes que es la base para la limitación de las atribuciones de los agentes estatales y el respeto de los derechos fundamentales.

A manera de recomendación, se sugiere que la Corte IDH efectúe un estudio de campo en todos los Estados parte, a fin de no contravenir estructuras determinadas constitucionalmente, alterando el principio de separación de poderes, fundamento del Estado democrático y constitucional de derecho y establecer fórmulas que permitan al Estado incidir en un control calificado realizado por órganos jurisdiccionales y no como el que se desprende de las sentencias materia del presente trabajo.

Referencias

- Armijo, G. (2014). Eficacia de la sentencia Atala Riffo vs. Chile en la jurisprudencia de terceros países. *Justicia Constitucional y Derechos Humanos*, 4, 163-170.
- Barker, R. (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*.
- Belaunde, D. (2015). El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento Constitucional*, 20, 135-160.
- Cárdenas, M., y Suárez, I. (2020). El consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad. *Revista chilena de derecho*, 47, 599-620. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n2/0718-3437-rchilder-47-02-599.pdf>
- Castañeda, M. (Coord.). (2015). *Compilación de tratados y observaciones generales del sistema de protección de derechos Humanos de Naciones Unidas*. México.
- Castilla, K. A. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista de Derecho Del Estado*, 33, 149-172.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/ABC_es.pdf
- Del Rosario, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, 33, 158-191. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000200007&lng=es&tlng=es
- García Ramírez, S. (2016). Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 21(21), 173-186.
- Martínez, A., y Rosatti, E. (2019). Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, 1, 135-150. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_05.pdf 08/11/2020 11:45.
- Montesquieu. (2012). *El espíritu de las leyes* (F. Ll. Cardona, Trad.). Brontes Books. (Obra original publicada en 1748).

- Nogueira, H. (2017). El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. *Revista de Derecho*, 15. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/h15/2393-6193-rd-15-00143.pdf>
- Ospina, A. F. (2019). De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 75-100. <http://revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/27/33>
- Sagúes, Néstor Pedro. (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 141-149. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=722f4926-d35e-4b1a-eb87-fe279ba43306&groupId=252038
- Steiner, C. (Coord.), y Uribe, P. (Coord.). (2014). *Convención americana sobre derechos humanos comentada* (1.ª Ed.). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Vargas Cárdenas, A. (2020). Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre derechos humanos. In *Biblioteca del Congreso de Chile*. file:///E:/Nueva/Eduardo/Biblioteca/Derechos Humanos/Tratados internacionales suscritos y jerarquia en Chile 2020.pdf
- Villalobos, Q. (2019). Participación popular y presidencialismos fuertes en el nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Derecho Del Estado*, 44, 99-131.
- Vio, G. (2015). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos; ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad? *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 93-112. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=722f4926-d35e-4b1a-eb87-fe279ba43306&groupId=252038
- Zagrebelsky, G., Marceno, V., y Pallante, F. (2020). *Manual de derecho constitucional* (Z. G. E. E.I.R.L. (Ed.); 1.ª ed.).