

EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097¹

Autor: Augusto Medina Otazu²

I. INTRODUCCION AL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este artículo nuestro interés está centrado en el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 0024 – 2010-PI/TC del 21 de marzo del 2011, presentado por la representación congresal contra el Decreto Legislativo 1097, suscrito por los Magistrados Mesía Ramírez; Álvarez Miranda; Beaumont Callirgos; Eto Cruz y Urviola Hani y los votos singulares de Álvarez Miranda y Vergara Gotelli. Para hacer más comprensible, cuando nos referiremos a esta sentencia lo mencionaremos como “**la Sentencia del TC**”

El objetivo del caso tiene el propósito de cuestionar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1097 (proceso concentrado de control) porque pretendía favorecer únicamente a policías y militares que habían cometido delitos de lesa humanidad, promoviendo el archivo del proceso penal por excederse del plazo.

Asimismo se cuestiona la interpretación que da el Decreto Legislativo 1097 a la norma de adhesión al Convenio de Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad (Resolución Legislativa 27998). De acuerdo a la declaración contenida en la referida Resolución Legislativa, solo se aplicaría el referido convenio internacional a partir del 2 de julio del 2003, lo que conllevaría a no procesar a ningún policía o militar ya que la mayoría de los casos de delitos de lesa humanidad se cometieron con anterioridad a dicha fecha.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad **entró en vigor para el caso del Estado peruano el 9 de noviembre de 2003**. En efecto, es ésta la fecha en la que esta Convención, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, pasó a formar parte del ordenamiento jurídico vigente. Empero, como ha quedado dicho, eso no significa que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sólo sea aplicable a las conductas típicas cometidas después de esa fecha. Por el contrario, según se ha argumentado supra, **la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una**

¹ En reconocimiento de mis alumnos del Curso de Seminario Taller de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad UTP.

² Augusto Medina Otazu. Abogado. Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP. Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social UNM San Marcos. Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional sede Perú. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima 2006 – 2009, 2011 y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Docente universitario, articulista en revistas nacionales y extranjeras y expositor. medinaotazu@yahoo.com

norma de ius cogens aplicable en todo tiempo y que encuentra reconocimiento en el derecho fundamental a la verdad previsto en el ordenamiento constitucional peruano.³

La Sentencia del TC por esa dicotomía entre el orden internacional y el nacional, entra a cuestionar la Resolución Legislativa 27998, pero se da cuenta que por el paso del tiempo su cuestionamiento había prescrito⁴, en consecuencia sus efectos siendo inconstitucionales era necesario neutralizarlo y para ello el Tribunal recurre al Control Difuso recurriendo a una norma internacional versus la Resolución Legislativa. En esta parte consideramos que el Tribunal esta aplicando el control difuso de convencionalidad, por ello es que nos hemos propuesto desarrollar esta temática.

II. INTRODUCCION DEL TEMA

El Tribunal Constitucional viene brindándonos una serie de resoluciones que van en marcha y contramarchas respecto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su aplicación al ordenamiento interno.

Si bien la Sentencia del TC pone fin a una discusión creo que merece analizar el impacto que ha tenido la normatividad internacional en el ordenamiento interno y desarrollar lo que en doctrina se denomina control de convencionalidad y a partir de ahí el control difuso de convencionalidad, aporte que podrá elevar el estándar de la justicia peruana.

En la sentencia del TC que analizaremos las normas que sirven de control del ordenamiento jurídico peruano son aquellos que establecen el estándar internacional de protección de los derechos humanos

Las normas internacionales vinculadas a los derechos humanos por su afán de protección de las normas fundamentales tienen una gran repercusión en el ordenamiento jurídico por ello consideramos que en los países monistas como es el Perú, los tratados internacionales deben merecer una aplicación directa por los operadores del derecho.

Desarrollaremos el control difuso de convencionalidad que es una figura similar al control difuso de constitucionalidad. En ambos casos, hay un control de una norma con el parámetro de otra norma. *Si tenemos en cuenta que desde el derecho constitucional fue necesario un tiempo más que prudencial para acoger con algunas disidencias que llegan hasta la actualidad la teoría del control de constitucionalidad es atendible que*

³ Sentencia del TC, fundamento 72.

⁴ De acuerdo con el artículo 100 del Código Procesal Constitucional la “La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.”

*desde el derecho internacional de los derechos humanos se continúe elaborando el alcance de este destacado mecanismo.*⁵

En el control de convencionalidad la norma parámetro es un tratado Internacional de Derechos Humanos y la norma de evaluación puede ser cualquier norma del ordenamiento interno incluido la propia constitución del país.

Esto nos lleva a un escenario donde la norma internacional tiene una aplicación inmediata en el ordenamiento interno y por lo tanto puede entrar en conflicto con cualquier otra norma y ante ese conflicto el Juez nacional debe preferir la norma internacional e inaplicar la norma de control. Ese desarrollo doctrinal ha sido llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias sentencias.

Antes de desarrollar este extremo pasaremos brevemente a desarrollar el control de constitucionalidad que ha sido el aporte doctrinario que ha permitido el desarrollo del control de convencionalidad.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

a).- Breve resumen del control de constitucionalidad en el mundo

Eduardo Ferrer nos transporta a un resumen escueto sobre el desarrollo de esta institución y su consolidación.

“El emblemático caso del Doctor Thomas Bonham resuelto por el juez Edward Coke hace 400 años, precedente que se ha considerado el origen de lo que posteriormente se convertiría en el principio de supremacía constitucional y del control judicial de la Constitución.

En el emblemático caso de 1610 se inaplico, por el juez Presidente de la Court of Common Pleas (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), una ley por contravenir los principios del Common Law es decir los principios superiores que se crean por la fuerza del precedente de los Tribunales.”

(...)

“La Doctrina de Coke fue retomado por las Colonias Americanas donde los Chartes tenían prevalencia sobre los legislaturas de esas Colonias, de tal manera que los jueces declaraban nulas los actos provenientes de estas. Incluso, antes del caso Marbury Vs. Madison (1803), que constituye el paradigma de la doctrina de la judicial review of legislation consolidada

⁵ Susana Albanese. El Control de Convencionalidad. La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. Editorial Ediar. Buenos Aires 2008, pag. 14.

muchos años después, existieron mas de 20 casos de inconstitucionalidades de leyes estatales entre 1787 y 1803.”⁶

Podemos apreciar que si bien Estados Unidos se precia de ser pionero del control difuso de constitucionalidad, sin embargo dos siglos antes el Reino Unido había logrado desarrollar esta teoría, pero lamentablemente no fue continuada por el refuerzo del poder Parlamentario sobre el Judicial.

b).- El control de constitucionalidad durante el siglo XIX en el Perú⁷

⁶ Eduardo Ferrer. Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2873/9.pdf>. Revisado el 25 de abril del 2011.

⁷ Debate doctrinario de la supremacía constitucional en el Perú durante el siglo XIX.

Con respecto al debate doctrinario de esa época podemos decir que existía un conocimiento cabal sobre el Principio de la Supremacía de la Constitución e incluso sobre la nulidad de aquellas normas contrarias a la Carta Política.

En 1948 Bartolomé Herrera, al comentar el Compendio de derecho público de Pinheiro Ferreira, hablaba sobre el Poder Moderador formulado originariamente por Benjamín Constant a principios del siglo XIX, quién consideraba que algún organismo del Estado debía resolver en última instancia los conflictos constitucionales. (Domingo García Belaunde en la Jurisdicción Constitucional. Pag. 832. Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica Ediciones Jurídicas Lima. Madrid 97)

Toribio Pacheco postulaba dos especies de legalidad que los jueces deben examinar en toda la ley: La legalidad interna y la externa. La interna descansa en la conformidad de la ley con la Constitución y la externa consiste en el conjunto de formalidades que la Constitución prescribe para la formación de las leyes. Lo que en el fondo sostiene Pacheco es que el juez común, encargado de discernir justicia, debe ejercitar la facultad de declarar la inconstitucionalidad, no sólo substancial o interna (disconformidad de la ley con los principios constitucionales), sino también la formal (defectos en la formación de la ley o ilegalidad de la autoridad que la dicta). (Carlos A. Ramos Núñez. Toribio Pacheco. Jurista Peruano del Siglo XIX.. pag. 197 Fondo Edit. PUCP. 1993.)

En 1955, Felipe Masías defenderá la tesis que el control de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido por el Poder Judicial. Se hizo aquí presente decididamente la influencia de los Estados Unidos, pero probablemente filtrada a través de la célebre obra de Tocqueville sobre La Democracia en América, que todos los espíritus selectos de la época lo conocían. (Domingo García Belaunde en la Jurisdicción Constitucional. Pag. 832. Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica Ediciones Jurídicas Lima. Madrid 97)

Francisco García Calderón, otorgaba al Juez aún tibiamente ciertas facultades de interpretación a la ley a casos particulares porque según él los Jueces (no) deben permanecer absolutamente pasivos frente a la legislación, de manera que su papel quede reducido a una aplicación mecánica de la ley. Es necesaria en algunos casos que la ley sea interpretada. el Derecho no puede limitarse al establecimiento de las leyes, sin considerar al mismo tiempo la razón de ellas, de ahí que el Juez conserve aún posibilidades de actuación frente al caso concreto bastante importantes, particularmente a través de la equidad. Los Principios de la equidad es por excelencia el estudio del jurisconsulto y del magistrado y ahí es donde ellos pueden encontrar las luces y la sabiduría que debe caracterizarlo, el (la equidad) es el que les enseña a dirigir la ley..... La equidad debe ser un privilegio exclusivo de la Corte Suprema a fin de evitar que por este camino el Poder judicial se convierta en un Poder Legislativo. (Fernando de Trazegnies Granda. La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX.. pag. 114. Edic. Fondo Editorial PUCP. 1979)

Para García Calderón el Derecho Natural constituía un límite de la capacidad del legislador (...) porque permitía limitar el Poder Legislativo... (para que la legislación que dicten tome) en cuenta la justicia como elemento esencial del derecho. No es suficiente que la ley sea conveniente, útil (sino) debe ser “justa”(.....) Esta afirmación es importante porque nos muestra cómo, en el proceso de modernización, la sociedad tradicional sustituyo un control básicamente religioso por un control jurídico. Religioso a través de las nociones de Derecho Natural y oreen jurídico. Fernando de Trazegnies Granda. La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX.. pag. 115, 116 y 121. Edic. Fondo Editorial PUCP. 1979

En el Perú fue poco lento el entendimiento sobre la supremacía constitucional y los mecanismos para hacer que la Constitución sea una norma parámetro e inaplicar una norma inferior opuesta a la Constitución.

Un antecedente importante sobre la supremacía constitucional se observa en la Constitución de 1812⁸ al señalar en su artículo 372 que: “*Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presente para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubiera contravenido a ella.*”

Como se aprecia existe un reconocimiento que Constitución es la norma superior y hasta norma suprema (Principio de la Supremacía Constitucional) y por eso dispone que deben corregirse todas las normas inferiores que la vulneren y se concreta un procedimiento contra aquellos funcionarios que dicten esas disposiciones vulneratorias. El Principio de la Supremacía Constitucional⁹, de esta Carta, influirá en nuestras primeras constituciones de la era republicana.

La Constitución de 1823 hizo una clara enunciación de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, encargando al órgano legislativo el control de las infracciones de la Constitución, sin crear un procedimiento especial para su control. Las Constituciones que con posterioridad fueron sancionados en el Perú, la de 1826, 1828, 1834, 1836, 1839, 1856 y 1860 repitieron idéntico precepto legislativo.¹⁰ Sin embargo la Constitución de 1856, en su artículo 10, tuvo un enunciado categórico frente a las anteriores constituciones:

“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las Leyes”

Sin embargo a pesar del avance constitucional que significó esta norma no creó un procedimiento particularizado, ni modificó el procedimiento de control legislativo existente por lo que no podemos hablar aún de justicia constitucional.

c).- Control de constitucionalidad durante el siglo XX

Aníbal Quiroga ha señalado que sus orígenes prácticos reales de la justicia Constitucional *se puede hallar con la Constitución de 1920 y la doctrina sentada en aquel año por la Corte Suprema de Justicia de la República al establecer la primacía del texto constitucional sobre la normatividad ordinaria cuando sentenciaba: “a la Ley Fundamental se encuentran*

⁸ La Constitución de 1812, forma parte de la historia constitucional así lo reconoce implícitamente Domingo García Belaunde en la Jurisdicción Constitucional. Pag. 831. Jurisdic. Const. en Iberoamerica Ediciones Jurídicas Lima. Madrid 97 y Juan Vicente Ugarte del Pino. Historia de las Constituciones del Perú. Editorial Andina. Perú 1978 pag. 23.

⁹ Puede advertirse que existía un claro conocimiento, en el Perú, sobre la Supremacía Constitucional pero lamentablemente desde el punto de vista jurídico, es imperfecto e inoperante si no se establecen las garantías judiciales que la protejan ante los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento Constitucional.

¹⁰ Francisco Fernández Segado. Control de la Constitucionalidad. Pag. 246. Pensamiento Constitucional. Año II N° 3. Lima Nov. 96.

*fatalmente subordinadas todas las demás, siempre secundarias (...) (y) en la administración de justicia, carecen de aplicación las leyes inconstitucionales(...)*¹¹

Pero la incorporación de tal principio, no significa que, de por sí se instituyese en el Perú la institución específica del control de la constitucionalidad de Leyes. Y decimos esto, por cuanto existen estudiosos que piensan que la simple aceptación del principio de supremacía constitucional, significaba que se ha introducido un mecanismo de control, lo cual decididamente es inexacto.

Por un lado, está el axioma de la supremacía constitucional y por otro, el mecanismo procesal para su defensa. Esto último no siempre se ha dado, y en 1856 no se aprobó nada parecido en el Perú. Por cierto, asentado el principio, era relativamente sencillo desarrollar el mecanismo protector, pero esto no sucedió en aquel entonces. En parte, por el incipiente desarrollo de los institutos procesales; y por otro, la corta duración de la carta de 1856, que en medio de luchas y contratiempos, fue derogada y dejada sin efecto por la subsiguiente Constitución de 1860.

Como se ha adelantado, el Perú, al igual que muchos de los países de la América Latina, aun cuando en diferentes épocas, apostó por el control constitucional a cargo del Poder Judicial. Esto es por el denominado sistema difuso, incidental, disperso y con alcances inter partes. En el Perú se incorporo por vez primera en 1936, pero se hizo operativo tan sólo en 1963, merced a las precisiones reglamentarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Más, como queda dicho, sólo alcanzo rango constitucional en 1979 el mismo que ha sido reiterado en la Carta de 1993.

Sin embargo, al lado del control difuso a cargo del Poder Judicial, se ha incorporado, desde 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional, con lo cual tenemos en principio dos sistemas que coexistiendo un mismo ordenamiento. Por un lado el sistema difuso a cargo del Poder Judicial, y por otro, el sistema concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional.¹²

d).- El control difuso de constitucionalidad de la Carta de 1993.

La base del control difuso de constitucionalidad se encuentra en el artículo 138 de la Constitución: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, **los jueces prefieren la primera**. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”*

Al respecto el Tribunal Constitucional¹³ define al control difuso de constitucionalidad como un poder-deber del juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de

¹¹ Anibal Quiroga. Una Aproximación a la justicia Constitucional. Pag. 177. Sobre Jurisdicción Constitucional .Fondo Editorial PUCP 1990

¹² Domingo García Belaunde. en la Jurisdicción Constitucional. Jurisdic. Const. en Iberoamerica Ediciones Jurídicas Lima. Madrid 97, Pag. 831, 832 y 833).

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0195-2004-AA/TC, fundamento 16.

las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haber sido interpretada de conformidad con la Constitución.

IV. JERARQUIA DE LOS TRATADOS VERSUS LA NORMATIVA INTERNA

Es importante establecer si la relación entre las Convenciones Internacionales y el Derecho Interno, es una relación de paridad o de superioridad.

Para Cesar Landa los Tratados Internacionales ocupan una jerarquía superior al derecho interno: *“Esta tesis uniformiza el Derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del Derecho internacional. En tal sentido, se sigue la tesis que asumen la supremacía del tratado internacional sobre la constitución- treaties supreme law of land-. Postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la defensa que la persona humana constituiría el sujeto de Derecho internacional, incluso mejor protegido que el Estado.”*¹⁴

Similar criterio adopta Eduardo Ferrer: *“la supremacía constitucional se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. (...) Lo anterior se admite en nuestra región, en donde CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (Incluida las constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional.”*

La Sentencia del TC refuerza este mismo concepto al señalar que la norma internacional es de aplicación general sin admitir pacto en contrario, es decir que el Convenio Internacional ni siquiera puede ser contradicho por el ordenamiento constitucional: *“La esencial ontología de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de éstos (...) constituye una norma de ius cogens, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional susceptible de aplicarse erga omnes y que no admite pacto en contrario.”*

Sin embargo en voto singular del Magistrado Vergara Gotelli, en la Sentencia del TC expresa a contracorriente de lo expresado por los autores anteriores y la Sentencia del TC que no existe ninguna jerarquía entre las normas internacionales y las de derecho interno:

¹⁴ Cesar Landa Arroyo. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Segunda Edición Palestra. Lima, Noviembre del 2003. Pag. 781.

*En este contexto se debe indicar que **no se trata de discernir cuál ordenamiento (nacional o internacional) es prevalente respecto del otro**, sino de identificar cuál de ellos es más proteccionista de los derechos humanos. Este mismo sentido compete a los criterios jurisprudenciales disímiles de la Corte frente a los del Tribunal, resultando que ante tal controversia **será aplicable el precepto que favorezca a los derechos fundamentales** tanto de las víctimas, familiares y allegados así como los del inculpado, debiendo tenerse presente que la venganza y retribución penal no constituyen derechos fundamentales.¹⁵*

El principio Pro *homine* al que pretende recurrir el Magistrado Gotelli será aplicable si a una misma situación son aplicables dos Tratados Internacionales, debiendo prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Este párrafo primordial se encuentra interrelacionado con el artículo 29¹⁶ de la Convención Americana. (Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párrafo 52).

Encontramos también el Voto Singular del Magistrado Calle Hayen de la Sentencia del TC, que pretende disminuir la influencia del derecho internacional, por cuanto para el Magistrado este ordenamiento solo serviría para mejorar u optimizar el derecho constitucional y creo que lo que se pretende es más bien que la Constitución ayude a desarrollar y desplegar sus derechos del ordenamiento internacional por la jerarquía superior que tiene este último: “(...) **Por cierto, la finalidad de esta postura no es otra que la de armonizar el derecho interno con las disposiciones del derecho internacional**, y mejor aún, la de generar un clima de mutua comprensión en relación con la extensión de los compromisos derivados de los tratados, así como el grado de involucramiento por parte del Estado.”

V. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

a).- Test de Convencionalidad

En el Control Difuso de Convencionalidad el ordenamiento internacional resulta siendo la norma parámetro para evaluar la normatividad interna y su inaplicación.

¹⁵ La Sentencia del TC, Voto singular del Magistrado Vergara Gotelli, Fundamento 13.

¹⁶ Artículo 29 de la Convención Americana de DDHH. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

1. 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;
2. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
3. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
4. 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.

La parte resolutive de la Sentencia del TC, declara inaplicable la Resolución Legislativa N.º 27998 y basa sus fundamentos en el control de convencionalidad, aún cuando no lo exprese en ese sentido: “*Declarar, de conformidad con los Fundamentos Jurídicos 70 a 72 supra, la inconstitucionalidad, por conexidad, de la declaración contenida en el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998. (...) motivo por el cual estos se encuentran impedidos de aplicar el referido precepto jurídico en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.*”

Precisamente el fundamento 72 de la Sentencia del TC hace una evaluación de test de convencionalidad: “(…) la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad entró en vigor para el caso del Estado peruano el 9 de noviembre de 2003”. (...) *Empero, como ha quedado dicho, eso no significa que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sólo sea aplicable a las conductas típicas cometidas después de esa fecha. Por el contrario, según se ha argumentado supra, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una norma de ius cogens aplicable en todo tiempo (...)*”

Puede apreciarse que el Tribunal recurre al *ius cogens* para inaplicar una norma legal, se recurre al Control difuso prefiriendo la aplicación de la norma internacional para medir el parámetro de convencionalidad de una ley nacional. Sin quererlo mencionar el Tribunal Constitucional aplica esta doctrina lo cual es positivo para lograr estándares más óptimos de protección de los derechos humanos.

b).- La Norma parámetro son los Tratados de Derechos Humanos y su interpretación por los Tribunales Internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del 26 de septiembre de 2006, acoge los primeros criterios sobre el control difuso de convencionalidad, que luego se irá repitiendo en otras sentencias: “*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.*¹⁷

Puede apreciarse que la Corte invoca que en este control no solo sea de aplicación la norma internacional sino también la interpretación que sobre ella hagan los Tribunales Internacionales como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desarrollando más aun esta teoría el Magistrado de la Corte Interamericana García Ramírez (voto razonado), nos ilustra que para el control de convencionalidad se puede invocar toda la normativa internacional: “(...) *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 (...)*”¹⁸

Es así que los jueces peruanos al medir el estándar de convencionalidad de cualquier norma interna pueden relacionarlo con todos los tratados que el Perú haya suscrito sobre derechos humanos.

c).- ¿En el Control de Convencionalidad incluye el *ius cogens*?

La respuesta es afirmativa, aun cuando ya fue adelantada párrafos anteriores, el *ius cogen* tiene un lugar privilegiado dentro del ordenamiento internacional a tal extremo que un tratado internacional no puede oponerse al *ius cogens*. Así vemos que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece: “*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.*”¹⁹

En esa orientación la Sentencia del TC hace un análisis desde esta vertiente amplia del derecho internacional para analizar justamente el Decreto Legislativo 1097, que pretendía limitar la persecución del delito de lesa humanidad. “ 62. (...) *la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución (...) no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como*

¹⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile del 26 de septiembre de 2006, de *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento 124.*

¹⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Razonado de Sergio García párrafos 1 y 2.

¹⁹ Sentencia del TC. Fundamento 53.

consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general (...) Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad (...) tutela jurisdiccional efectiva (...) del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)”

En este ingreso que hace el Tribunal Constitucional sobre el esquema internacional y su prevalencia, existe algunos temores de continuar por esa senda porque existe el miedo que tal vez en esa incursión innovadora se cometa algunas imprecisiones:

Es bajo este presupuesto que, por ejemplo, el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece lo siguiente:

“(....)

2. **Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**” (subrayado agregado).

Como se aprecia, el precepto alude claramente a la posibilidad de procesar y condenar penalmente por la comisión de un acto, a pesar de no encontrarse previamente prohibido y penado por el Derecho escrito, siempre que tal acto resulte delictivo “según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

*Desde luego, podría considerarse que esta previsión sitúa la temática en el meollo de un conflicto límite entre un pretendido Derecho natural y el Derecho positivo, en cuyo análisis, **afortunadamente, en este caso, este Tribunal no tiene por qué ingresar.***

d).- El despliegue del Control Difuso de convencionalidad

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del 12 de Agosto de 2008²⁰, nos ilustra la manera como debe desplegarse las medidas del control de convencionalidad y la adopción en dos vertientes:

1. La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio. No cabe duda que dentro de este tipo de medida encontramos el fundamento de la Sentencia del TC: **“(....) el mantenimiento de los efectos del Decreto 1097 y de sus normas conexas supondría conservar dentro del ordenamiento jurídico peruano disposiciones**

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del 12 de Agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento 180

legales que contravienen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.²¹

2. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En consecuencia cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

Esta posición y desarrollo doctrinario que realiza la Corte Interamericana es conducente con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que expresa: “(...) Una parte **no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.**”

El derecho interno del Perú se inicia en la Constitución Política, luego continua en la Ley, que incluye el Decreto Legislativo, la Resolución Legislativa, el Decreto de Urgencia, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una Ley; posteriormente el Decreto Supremo, la Resolución Ministerial y así sucesivamente.

El control difuso de convencionalidad entonces nos permite analizar cualquiera de estas normas de derecho interno versus cualquier Convención Internacional de Derechos Humanos así como su interpretación por un Tribunal Internacional y con ellos recurrir a su inaplicación de aquellas si es que se les opone.

f).- La reserva de la ratificación o adhesión de tratado y sus límites

La declaración contenida en el punto 1.1 del artículo único de la Resolución Legislativa 27998, a través de la cual se aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, expresa:

*“De conformidad con el Artículo 103 de su Constitución Política, **el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú**”.*

La Sentencia del TC al analizar la declaración de la Resolución Legislativa la ubica dentro del concepto de la adhesión con reserva de un Tratado y para el TC cumple con estas las formalidades establecidas por el Derecho Internacional, acogiendo el respaldo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 1, inciso d): “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él,

²¹ Sentencia del TC fundamento 69.

con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

Pero asimismo para contradecir materialmente el argumento formal, la Sentencia del TC recurre al artículo 19 de la Convención de Viena: las reservas no proceden cuando:

- a) Están prohibidas por el tratado;
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o cuando
- c) En los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.

Y de acuerdo a esta interpretación sistémica de la normativa internacional la Sentencia del TC, llega a la conclusión que la reserva contenida en la Resolución Legislativa 27998 se encuentra prohibida por el artículo 19 inciso c) de la Convención de Viena.

Por ello encontramos en la Sentencia del TC argumentos como estos: *“En consecuencia, **la declaración del Estado peruano de limitar la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor** de la Convención (9 de noviembre de 2003), **supone, además, interponer una reserva violatoria del derecho internacional que impide el esclarecimiento de crímenes de estas características** que hayan tenido ocurrencia con fecha anterior al 9 de noviembre de 2003, deviniendo en un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes.”*

Sin embargo la Sentencia del TC se ve en una encrucijada toda vez que no puede realizar un cuestionamiento abstracto de la Resolución Legislativa por haber vencido su plazo: *“(…) aunque el Tribunal Constitucional no pueda expulsar el orden jurídico el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998 (...) pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo., **habiéndose advertido su inconstitucionalidad**, y siendo este Colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del CPCo., **a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico.***

Sin embargo para el Magistrado Calle Hayen (F.5) la Declaración de la Resolución Legislativa no es una reserva sino una Declaración Interpretativa, y aunque hace esta distinción, sin embargo apreciamos igualmente le resta efectividad por cuanto se opone al objetivo del Tratado y en esa colisión los efectos serían su inexistencia: *“(…) **no se advierte ninguna reserva en la resolución legislativa N° 27988, toda vez que lo que el Estado peruano aplica en este caso es una Declaración Interpretativa**, posición que es válida, por cuanto constituye una fuente convencional del derecho, que podría oponérsele el propio tratado así como la costumbre y los principios del derecho internacional, por lo que declarar la inconstitucionalidad por conexidad referido en el punto 2 de la parte resolutive es innecesario.”*

Me parece que el Magistrado Calle, no advierte que la Sentencia del TC lo que pretende con este análisis es un control difuso de convencionalidad, es decir no solo efectuar análisis doctrinario en el espectro del derecho internacional sino bajar ese test de convencionalidad para evaluar la normativa interna y anular jurisdiccionalmente sus efectos. Este avance de la Sentencia del TC es necesario resaltar.

g).- El control difuso de convencionalidad es invocada de parte y también es aplicable de oficio.

El Juez deberá solucionar de oficio la incompatibilidad normativa y no esperar que ella sea invocada por el interesado. En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006: *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”_ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”*²²

h).- Es obligatoria para el Juez la aplicación del principio de constitucionalidad y el principio de convencionalidad

En los Votos Razonado del Juez Cancado Trindade, de la Corte Interamericana, insiste que es deber de los magistrados acatar no solo Constitución sino también la Convención Internacional, es decir el control constitucional y el control convencional, ambos le son vinculantes: *“O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.”*²³

VI. CONCLUSION

²² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento 128.

²³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Razonado del Juez Cancado Trindade párrafo 3.

a).- El control de convencionalidad bebe sus principios doctrinarios del control de constitucionalidad. Todos los jueces, el ordinario y el constitucional, están obligados a aplicar ambos principios. Es decir que no basta que una norma sea constitucional sino también debe ser convencional.

b).- La Convención Internacional está en una jerarquía superior respecto de la normativa nacional, el mismo que incluye a la propia constitución. El ordenamiento jurídico nacional queda enriquecido y ampliado.

c).- El Control difuso de convencionalidad permite que el Juez nacional prefiera la norma convencional a la norma interna, si entre ambas existe contradicción. En esa opción normativa se inaplica la norma interna.

d).- El control difuso de convencionalidad se aplica también recurriendo a las interpretaciones que realicen el Tribunal Internacional sobre un tratado e igualmente recurriendo al *ius cogens*. Entonces el Juez tendrá un amplio espectro de influencia internacional a la hora de juzgar. Gran tarea que ennoblecerá al Juez y la justicia.

e).- El control difuso de convencionalidad es aplicado de oficio por los jueces si es que no se ha invocado por la parte beneficiaria. Ello porque la vigencia de la Convención internacional es obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional. Cabría incluso citar el artículo VII del Código Civil: “(...) *Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.*”

f).- Por el control de convencionalidad el Juez inaplica una norma nacional, si es inconventional, para el caso concreto - inter partes - es decir no la suprime. La supresión de la norma solo se podrá lograr por el control concentrado. En el presente caso sin embargo el TC prácticamente lo deja sin efecto, el contenido de la reserva puesta por la Resolución Legislativa 27998, de adhesión al Tratado: “(...) *la interpretación de este Tribunal (...) resulta vinculante para todos los poderes públicos, motivo por el cual estos se encuentran impedidos de aplicar el referido precepto jurídico en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.*”²⁴ Puede apreciarse que los jueces están obligados a efectuar el control difuso, de la referida Resolución Legislativa, para su inaplicación.

g).- El control difuso de convencionalidad parece ser novedoso en su aplicación, aun cuando todavía no lo recoge expresamente el Tribunal Constitucional.

h).- Hemos visto que la ser imposible el ataque abstracto de la Resolución Legislativa 27998, por haber prescrito este accionar, el Tribunal Constitucional recurrió al control difuso de convencionalidad, restándole eficacia a la normativa interna, por su oposición a los cuestionamiento materiales de la reserva hechas al adherirse a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

²⁴ Sentencia del TC, parte resolutive, segundo punto.

