

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera* (Perú)**

Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana

RESUMEN

El texto explica el avance alcanzado por la convencionalidad del derecho en el caso en el caso peruano, sobre todo de la mano de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, pero también señala las imprecisiones y los retos que el fenómeno enfrenta en su país, problemas muy similares a los que se presentan en otros Estados de Iberoamérica.

Palabras clave: convencionalización, derechos humanos, Tribunal Constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts des Phänomens der Konventionalisierung des Rechts erläutert der Beitrag die in Peru erzielten Fortschritte, die vor allem der Rechtsprechung des Verfassungs-

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú; catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega; profesor principal coordinador y exdirector general de la Academia de la Magistratura; profesor visitante o conferencista invitado por el Instituto Max Planck (Heidelberg, Alemania), las universidades de Bolonia y La Sapienza (Italia), y diversas universidades e instituciones europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como de la Red de Docentes de Derecho Constitucional. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Autor y coautor de libros sobre su especialidad. eaespino@pucp.edu.pe.

** Este texto recoge en líneas generales lo que fue la exposición del autor en el XXI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado entre el 18 y el 20 de julio de 2015, y organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

gerichts zu verdanken sind, stellt aber auch die bisher ungelösten Fragen sowie die Herausforderungen dar, vor denen das Land steht. Dabei handelt es sich um Probleme, die denen anderer iberamerikanischer Staaten sehr ähneln.

Schlagwörter: Konventionalisierung; Menschenrechte; Verfassungsgericht.

ABSTRACT

Faced with the increasing predominance of international conventions over the law, our study analyzes the case of Peru, considering especially the case law of its Constitutional Court, but also pointing out the areas of imprecision and the challenges faced by the country. Similar issues occur in other Ibero-American states.

Keywords: Increasing predominance of international conventions, human rights, Constitutional Court.

1. Algunas líneas a modo de introducción

Uno de los más importantes cambios luego de la Segunda Guerra Mundial se ha dado, qué duda cabe, en lo referido al reconocimiento y tutela de los derechos: ya no solamente se cuenta con el nivel interno de protección, sino que el reconocimiento y tutela se complementan con una serie de previsiones a nivel internacional. Es más, hoy, luego de un importante aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para potenciar procesos de democratización en América Latina que hacen frente a gobiernos dictatoriales o a democracias insuficientes, cabe hablar, al igual que en Europa, de una convencionalización del derecho.

Y es que, actualmente, dejándose de lado la disyuntiva monismo-dualismo, se apunta a la construcción de un derecho común conforme con los derechos y, más precisamente, con la comprensión que de ellos puede hacerse tomando en cuenta lo previsto en los tratados de derechos humanos y su alcance vinculante. Ahora bien, y por lo menos en el contexto latinoamericano, el Perú ha sido durante muchos años un Estado que ha generado diversos e importantes cuestionamientos a esta dinámica de convencionalización, y no solamente por aspectos que podrían ser invocados en otros países de América Latina (crisis del Estado, por lo menos, del modelo del Estado al cual su clase política decía querer llegar; debilidad institucional; coexistencia de diversos grupos sociales y culturales poco integrados entre sí, etcétera).

Conviene entonces aquí tener presente que el Perú, durante muchos años, ha sido el Estado con más condenas ante la Corte y recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De otro lado, el establecimiento por ley de un sistema de ejecución de las sentencias de la Corte lamentablemente no aseguró un mejor cumplimiento de lo ya resuelto. Finalmente, el sistema de audiencias y sentencias de cumplimiento (conjuntamente con el control de convencionalidad y el desarrollo de sentencias integrales, los elementos más relevantes

para apuntar la convencionalización del derecho desde el sistema interamericano de derechos humanos), creado en su momento para examinar algunos casos peruanos, en más de 70 de las más de 300 oportunidades ha tenido una relativa eficacia (de las 27 condenas efectuadas al Estado peruano, solamente en un caso de los 20 vinculados al ámbito penal se ha asegurado el cabal cumplimiento de lo dispuesto por la Corte).

Ahora bien, justo es reconocer cómo en los últimos años ha podido apreciarse una sustantiva mejora del tratamiento de este tema en el Perú. En ese sentido, ha tenido especial relevancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, lo avanzado en esta dirección debe ser evaluado dentro de un contexto más amplio, en donde subsisten riesgos e imprecisiones que no solamente son responsabilidad del Estado o de la sociedad peruanos. En apretada síntesis, pasaré entonces a presentar lo avanzado, al mismo tiempo que a explicitar cuáles son –en mi opinión– algunos de los retos al respecto, sobre todo si de convencionalización del derecho y control de convencionalidad venimos conversando.

2. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en la actual convencionalización del derecho y el Estado de nuestro país

Importante es entonces aquí anotar cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano no solamente ha reconocido el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, sino que ha señalado que el control de constitucionalidad es a la vez control de convencionalidad (en ese sentido, los casos *Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura*, *Cartagena Vargas* y *Minera Sulliden*). Además, muchas de sus sentencias vienen implicando un esfuerzo por abordar ciertos temas conforme con parámetros convencionales.

En ese sentido, se ha señalado en *Santiago Martín Rivas* que el control de convencionalidad no se limita al cumplimiento de lo prescrito en el texto de la Convención (o lo que se desprende de él), sino que también incluye la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Yendo ya a situaciones específicas, se ha apostado a una interpretación conforme a parámetros convencionales (intencionalmente no entraré en este texto en el debate sobre si el control de convencionalidad y la aplicación de la Convención son lo mismo o pueden entenderse como conceptos distintos), tal como se señalará a continuación.

Así, por ejemplo, la materia electoral tiene una clara orientación en lo señalado en *Yatama contra Nicaragua*, si revisamos lo previsto por el Tribunal en casos como *Espino Espino*, *Lizana Puelles* o *Castillo Chirinos*. De otro lado, la comprensión de las leyes de amnistía (o autoamnistía) se encuentra desarrollada conforme a parámetros convencionales en los procesos seguidos a Santiago Martín Rivas y miembros del grupo paramilitar Colina a propósito de los casos *Barrios Altos* y *Cantuta*. Pautas convencionales inspiran lo señalado en *Tineo Cabrera* sobre procedimiento

de investigación parlamentaria o acerca de los alcances de los *habeas corpus* contra resoluciones judiciales.

Además, en sentencias como la emitida en *Arce Paucar* se desarrollan los parámetros sobre plazo razonable previstos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre leyes aprobadas por referéndum se refleja en lo resuelto en el *Caso Fonavi*. Lo prescrito a nivel convencional sobre ejecución de resoluciones judiciales, a su vez, se encuentra recogido en *Sindicato de Trabajadores Municipales del Rímac*. Y así, un largo etcétera.

Sin entrar aquí a plantear eventuales diferencias entre la aplicación de la Convención y el control de convencionalidad, bien puede apreciarse una preocupación por ir hacia una convencionalización del derecho, aun cuando en algunos casos la invocación a una supuesta interpretación conforme con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte por el Tribunal Constitucional peruano haya sido, por decir lo menos, discutible (en ese sentido, lo resuelto en la polémica sentencia emitida ante el *Caso Panamericana Televisión*). Sin embargo, seguimos ante una materia que se halla lejos de estar resuelta y, muy a despecho de sus avances, sujeta a diversos retos y riesgos: muchos de ellos, por cierto, no son solamente predicables del caso peruano.

3. Los retos y riesgos que debe enfrentar lo avanzado

En este escenario, resulta importante, en primer término, tener presente que el problema del cumplimiento de lo prescrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue sin resolverse. Se alega en algunos casos una argumentación que supuestamente reivindica un respeto a la soberanía (desconociendo que es precisamente una decisión soberana de los Estados la que permite suscribir tratados como la Convención Americana). Se discute además admitir el alcance integral de las sentencias de la Corte Interamericana (con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición). Con base en esas consideraciones desde algunos Estados se señala que nos encontraríamos ante pronunciamientos de imposible cumplimiento.

Ahora bien, justo es anotar que muchas veces no existe tal imposibilidad, sino más bien una falta de voluntad política para cumplir. En otras, se produce un debate sobre las repercusiones políticas, económicas o sociales que podría tener lo resuelto por la Corte en un Estado en particular, consideraciones que, por cierto, son de una objetividad bastante discutible. Sin embargo, no es este el único elemento que reclama una mayor reflexión.

Así, por citar un caso, se suele discutir la pertinencia de las audiencias y sentencias de cumplimiento como mecanismo para asegurar no solamente una cabal ejecución de las sentencias de la Corte, sino fundamentalmente para apuntalar la conformación de un derecho común convencionalizado. En este sentido, muy respetuosamente

creo oportuno resaltar las ventajas de esta alternativa frente a otras utilizadas a nivel mundial, como la del margen de apreciación estatal o nacional manejada en Europa.

Resulta oportuno explicar los alcances de esta última afirmación. Como es de conocimiento general, el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva (vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos colectivos) como en su vertiente estructural (relacionada con la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales), tiende a identificarse como el ámbito de deferencia que los órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas, judiciales y administrativas nacionales para que estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto sin duda tiene sus ventajas, pero también sus reparos.

De primera impresión podría decirse que esta posición facilitaría la actuación estatal en la determinación del sentido del derecho nacional y en la definición del modo en que se cumplirá una resolución emitida por un órgano internacional responsable de la supervisión de un tratado. Sin embargo, en esta su aparente fortaleza es donde se encuentra tal vez la principal debilidad de esta postura, pues no todos los Estados tienen la misma capacidad de negociación y articulación de posiciones. Ello lleva a situaciones de aplicación desigual, por no decir discriminatoria, y, en todo caso, poco objetiva y poco previsible de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual, por cierto, conspira en contra de la configuración de un derecho común “convencionalizado”, y potencia las suspicacias existentes en los detractores del proceso de convencionalización al que se viene haciendo referencia.

Ahora bien, justo es anotar que un aspecto que hoy, y a propósito de lo vivido en la experiencia peruana, parece necesario esclarecer es el de especificar qué estamos entendiendo por control de convencionalidad. Corresponde determinar si apostamos por una comprensión más bien formal del control de convencionalidad, en la línea de asegurar el cumplimiento de parámetros convencionalmente establecidos, lo que en líneas generales viene realizándose en el Perú, o si realmente estamos hablando de un parámetro de construcción común en un contexto de diálogo.

Ahora bien, y si se opta por un escenario de diálogo, conviene también tener claro el alcance de lo que aquello significa. Ese diálogo no es ni debe ser unidireccional, entendiéndose que el desarrollo de la tutela de derechos no es patrimonio exclusivo de alguno de los actores involucrados. Implica crear un escenario de retroalimentación, legitimación mutua y protección multinivel. Allí también, y muy a despecho de una comprensión más bien literal de las pautas provenientes de la Convención de Viena, debe tenerse presente que el mismo Pacto de San José señala que sus disposiciones, así como la jurisprudencia de la Corte, tiene un rol complementario.

En ese sentido –como bien lo ha resaltado en más de una ocasión el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto Sierra Porto–, hay tener presente que la primera y principal responsabilidad de proteger los derechos corresponde a los diferentes organismos de cada uno de los Estados

parte de la Convención en general, donde las instituciones con funciones jurisdiccionales y sus altas cortes (tribunales constitucionales y cortes supremas) tienen un especial rol en particular.

Involucra también tener presente que la Corte Interamericana, al construir sus sentencias, debe hacerlo tomando en cuenta un enfoque amplio y flexible de las realidades de cada Estado involucrado. Ello, por cierto, no significa que los Estados puedan legítimamente alegar supuestas particularidades de cada uno de ellos para excluirse del cumplimiento de obligaciones que, en su momento, libre y voluntariamente aceptaron. Estos son asuntos centrales, sobre los cuales resulta oportuno conversar seriamente, máxime cuando se viene, entre otros aspectos, una importante reforma en la composición de la Corte Interamericana; y, además, cuando se constata la existencia de Estados en nuestro subcontinente que, sin necesidad de siquiera respetar los parámetros formalmente establecidos, buscan desentenderse de la competencia de la Corte o, al menos, cuestionan frontalmente la obligatoriedad de lo dispuesto por ella.

4. Reflexiones finales

Si tomamos en cuenta lo sucedido en estos últimos años en América Latina con relación a la convencionalización del derecho, podemos apreciar que es muy importante lo avanzado sobre el particular. Se constata así que se ha desarrollado una labor destinada a construir parámetros comunes al respecto, los cuales incluyen el control de convencionalidad; el intento de configurar una ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana concertada a través de las audiencias de seguimiento; y la consagración con claridad de lo que se quiere con cada sentencia, apuntando sentencias que buscan una reparación integral con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición.

Ahora bien, también puede apreciarse que esa ya no es solamente una preocupación de la Corte o la Comisión Interamericana. Cada vez más encontramos en los diversos Estados parte de la Convención entidades cuya labor busca efectuarse en torno a la aplicación de parámetros convencionales de protección de derechos (o entendiendo esos parámetros como estándares mínimos, en tanto y en cuanto la normativa prevista en su Estado tutela más en detalle el derecho invocado) e incluso dejando de lado normativa que vaya en contra de la jurisprudencia convencional. La experiencia peruana, y el aporte hecho por entidades como su Tribunal Constitucional, es una buena demostración de este esfuerzo.

Sin embargo, bien puede constatarse que todavía existen muchos aspectos que precisar y varios riesgos que enfrentar al respecto. Ojalá entonces estas líneas sean útiles para una reflexión y posterior acción coordinada en la línea de promover la convencionalización buscada, resolviendo los posibles riesgos y problemas que sin duda alguna existen al respecto.