

Ponencia:

Ponente en el “*I Congreso Internacional Virtual de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*” organizado por el Colegio de Abogados de La Libertad y Universidad Privada Antenor Orrego (día de la ponencia 18 de diciembre 2020)

El control de convencionalidad en sede nacional y juez convencional (constitucional)

*Helder Domínguez Haro**

1. A lo largo del presente congreso denominado “*I Congreso Internacional Virtual de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*”, se están analizado importantes temas de relevancia constitucional, como es la institución jurídica de la prueba, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, y se abordarán también aspectos del derecho constitucional del poder y -que duda cabe- sobre el derecho constitucional de la libertad, en todos ellos habrá siempre la posibilidad o la eventualidad de parte del juez, de la potestad de ejercer no solamente el control de constitucionalidad difuso sino también el control de convencionalidad o el control difuso de convencionalidad (llamado también “horizontal”) en un primer peldaño o, en todo caso, agotada la jurisdicción ordinaria cabe recurrir al orden jurisdiccional supranacional, en nuestro caso el sistema interamericano de justicia o el sistema de protección internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos (control de convencionalidad “vertical”).

* Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo, Universidad Jaén-España, con estudios de especialización en la Escuela Judicial de España y en el Instituto Nacional de la Judicatura de Canadá. Ha trabajado en proyectos del sistema de justicia de la Comunidad Europea, Banco Mundial (BM), Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), Cooperación Canadiense, entre otras. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

2. En esta oportunidad me limitaré en desarrollar básicamente el rol del juez de la judicatura local u ordinaria, de aquel -que por excelencia- tiene la función de resolver controversias con relevancia jurídica o que toca los derechos, como pacificador de la sociedad. El juez del Poder Judicial en torno al sistema interamericano de derechos humanos desde la perspectiva del justiciable, del usuario del sistema de justicia interamericano y que involucra la independencia judicial y una gran labor en el quehacer formativo de la magistratura, en buena cuenta en la construcción democrática de ciudadanía y jueces profesionales.
3. La premisa capital de la presente ponencia se puede telegráficamente sintetizar en la idea de que el control de convencionalidad o el diálogo interjurisdiccional entre el Tribunal Supranacional, vale decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Tribunal Constitucional peruano ha sido y es alentador e interesante, desde que el Tribunal Constitucional peruano asumiera desde el 2002 en sus sentencias los criterios de convencionalidad antes que sea consagrada y reconocida por la misma Corte Interamericana; y la perspectiva es que los tribunales de justicia de la judicatura sigan el mismo rumbo, en esa interrelación entre tribunales nacionales con la Corte. Asimismo, un buen fundamento de la aplicación del control de convencionalidad tiene en la figura del justiciable su razón de ser, por cuanto le asiste la titularidad del derecho fundamental al “juez independiente, constitucional y convencional”, y con ello la consolidación de la democracia y de un “Estado Constitucional Interamericano” como sugieren algunos autores¹. Veamos pues tal afirmación.
4. Curiosamente, cada cien años el planeta ha sido testigo del nacimiento de importantes instrumentos o principios de defensa de la Constitución y en consecuencia de los derechos. A inicios del siglo XIX el surgimiento jurisprudencial del control judicial de las leyes (América del Norte), en los primeros años del siglo XX la aparición del control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes

¹ Ver: LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, PUCP, mayo 2016.

(Europa) y a inicios del siglo XXI la génesis jurisprudencial del control de convencionalidad en el espacio iberoamericano.

5. Por éste último, ciertamente, el control de convencionalidad en nuestra región presupone dos niveles: el internacional, que corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor de juzgar en casos concretos si un acto o ley o una normatividad de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, resolviendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichos actos o normas legales según corresponda, teniendo en cuenta la garantía de los derechos humanos, la vigencia de la Convención y otros instrumentos internacionales sobre derechos; asimismo procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el pleno ejercicio de los derechos invocados en la Convención. El otro nivel es el interno, el que corresponde en sede nacional, a los tribunales y jueces de los diferentes Estados de América Latina que han ratificado evidentemente la Convención (una modalidad de Tratado); en el sentido de que los jueces de los ordenamientos internos tienen el poder-deber de abstenerse de aplicar -en los casos judiciales que conocen- cualquier normativa contraria a los postulados de la Convención, como resultado del análisis de confrontación normativa².
6. Es preciso anotar que el control de convencionalidad es producto de la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su aparición en el 2003, acuñada por el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente emitido en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, luego en el 2006 el pleno de la Corte Interamericana lo institucionalizará en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, al resolverse la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el período 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicha norma resultaba incompatible con la Convención careciendo de

² Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. “El control de convencionalidad en el Perú”, Pensamiento Constitucional, n° 18, 2013, p. 224.

efectos jurídicos. Además de dicho control concentrado connatural a su competencia contenciosa, en dicho fallo se originará un nuevo tipo de control en manos de la figura del juez nacional como “guardián” no solamente de la Constitución también “custodio” de la Convención.

7. Estamos hablando del “control difuso de convencionalidad” un nuevo paradigma como señala Ferrer Mac-Gregor³, y que siempre debe hacerse, es decir, el juez en su labor jurisdiccional o dentro de cualquier proceso judicial (llámese constitucional, civil, penal, laboral, comercial, etc.) tiene que realizar el examen de compatibilidad entre los actos y normas o disposiciones nacionales y la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia interamericana; y no podría ser de otro modo, desde que los tribunales y jueces peruanos están facultados también de aplicar el control constitucional difuso prescrito en el artículo 138 de la Norma Fundamental de 1993 concordado con la cuarta disposición final y transitoria constitucional al positivizar que las normas relativas a los derechos y a la libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, concordado con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal constitucional y el artículo 14 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial; así como que el contenido y alcances de los derechos protegidos por los procesos constitucionales deben interpretarse de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos según el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, la Corte Interamericana en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* en su párrafo 65, preciso que los tribunales internos al aplicar el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad.

8. En definitiva, en ambos casos, de lo que se trata es utilizar la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con

³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 683.

los valores y principios contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

9. La manifestación doméstica del ejercicio de aplicar el control de convencionalidad es el que en esta ocasión me interesa, con el propósito de afianzar su fundamento democrático, su legitimidad democrática entre los jueces nacionales, por cuanto nuestra época de inusitados cambios y transformaciones requieren juezas y jueces con pensamiento crítico fieles al orden constitucional y a su vez al orden convencional, esto es, la supremacía de la Constitución nacional debe estar sintonizado con la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni más ni menos.

10. Ahora bien, el control constitucional y el control convencional es propio de una democracia de estirpe constitucional que tiene su punto de partida en los “derechos”. La democracia constitucional en clave de derechos o “desde” la garantía de los derechos de acuerdo con la doctrina moderna, nos conduce a señalar que le asiste a los justiciables, desde la perspectiva del servicio público de la justicia, el “derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional”, un verdadero “derecho fundamental democrático”. No es casual entonces que la protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales tengan en la democracia constitucional su justificación, como tampoco es casual que la democracia constitucional se encuentre desarrollada en el impecable libro “Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional” coordinado por el juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer⁴.

11. Hablamos de derechos, porque la historia de la civilización es una permanente lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en el plano formal y en su ejercicio material, como sucede a nivel de los sinnúmeros textos dados como

⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 330-331

fueros, códigos, cartas, bulas, peticiones, actas, declaraciones, pactos, constituciones, enmiendas, leyes, convenios, tratados y convenciones.

12. Una puntualización necesaria, es no olvidar que los derechos correlativamente generan deberes ciudadanos y deberes de los poderes públicos y de sus autoridades, en este caso el “derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional” origina el “deber del Estado constitucional” de garantizar los derechos humanos de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política peruana y; asimismo, el “deber judicial concreto” por parte de la autoridad judicial, esto es, el “deber del juez local o juez peruano de aplicar directamente el control convencional” en los procesos que llegan a su despacho u oficio judicial o hasta el momento en que debe fallar la *litis* en cuestión. Se ejercerá dicho control difuso ya sea a pedido de parte o de oficio -por propia iniciativa del magistrado en el marco de sus respectivas competencias-; igualmente, los jueces al momento de resolver en los casos sometidos a su conocimiento utilizarán las normas americanas de derechos humanos, aun cuando la Corte Interamericana no haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.
13. Dicha relación de “derecho-deber” se desprende también de la premisa que, si bien habitualmente la independencia judicial tiene una connotación negativa en cuanto a la ausencia de indebidas injerencias internas y externas, una perspectiva institucional y personal, también es importante una lectura positiva de la misma expresada en esa relación juez/ciudadano-usuario vinculados por los derechos. Vale decir, la independencia judicial es un medio para garantizar, desde los poderes públicos, los derechos humanos y las libertades ciudadanas; siendo el justiciable el “titular” del derecho fundamental al juez independiente, como así es establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009. En ese sentido, el derecho a ser juzgado con parámetros jurídicos, haciendo uso del bloque de convencionalidad va asociado no a los intereses de la judicatura o de situar al juez en una posición de privilegio, sino al resguardo y garantía de los derechos fundamentales por parte de los magistrados; allí radica su legitimidad social, constitucional y democrática.

14. Sobre el “bloque de convencionalidad” si bien significa que los jueces y los órganos jurisdiccionales en los casos que conocen deben tener en cuenta no sólo la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la interpretación de sus disposiciones por parte de la Corte Interamericana, como también la aplicación de los diferentes tratados sobre derechos humanos como se dispone en el *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 20 noviembre de 2012; debe incluirse –ciertamente- como parámetro los tratados de otra índole empero de cuyo contenido se hacen alusión a los derechos o se desprenden determinados derechos humanos y las opiniones consultivas. Es pues un aspecto a considerar dado cada caso en concreto, con el objeto de no caer en “maximalismos” cuando hablamos del corpus normativo y declarativo del bloque de convencionalidad que generalmente no conducen a nada, como advierte el profesor García Belaunde en una de sus intervenciones.
15. Estamos pues ante un lenguaje de internacionalización del derecho constitucional teniendo en cuenta el sistema regional de protección de los derechos humanos y, a su vez, la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, vale decir, la incorporación constitucional de los derechos consagrados en el *corpus iuris* interamericano. Aspectos cruciales en todo proceso interpretativo y argumentativo como muestra del desarrollo evolutivo en favor de la persona humana.
16. Como se había dicho al inicio de la presente disertación, el control de convencionalidad surge en los primeros años del presente siglo, época también de nacimiento de la internacionalización de espacios democráticos de los poderes judiciales latinoamericanos como es la llamada “Cumbre Judicial Iberoamericana”, un importante espacio oficial permanente de cooperación e intercambio de experiencias entre 23 poderes judiciales; y en cuyo seno se debe abordar una suerte de seguimiento al cumplimiento de la vinculatoriedad que supone la Convención Americana de Derechos Humanos; y de tal suerte expresarse en sus diferentes productos o instrumentos normativos como el “*Estatuto del Juez Iberoamericano*” o

la *“Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial iberoamericano”* al prescribir como un derecho fundamental de la población el tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa. En dicho esquema el examen de convencionalidad no puede estar ausente.

17. De lo expuesto, se debe estar entonces, ante un arquetipo de juez nacional no “formalista”, “pasivo”, o “no vinculado”, sino un juez “constitucional”, “convencional”, “político”, “democrático” y “cercano” a las partes acoplado con el sistema político, con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la realidad social; sobre todo ante la fragilidad de la institucionalidad de los países de nuestro subcontinente y porque el Perú no constituye una estructura social y cultural homogénea, sino como se conoce, somos una realidad pluriétnica, multicultural, pluricultural e intercultural. En ese sentido, el rol político-social de la magistratura o la legitimidad democrática de la justicia se debe materializar en resoluciones judiciales razonables, predecibles y entendibles (lenguaje claro y sencillo), tomando en cuenta su impacto en la realidad-contexto y de tal suerte estaremos ante un juez como agente de integración social y fiel promotor del diálogo público y participativo en la idea de formar ciudadanías integrales para parafrasear al recordado Valentín Paniagua (a propósito de cumplirse 20 años del primer gobierno constitucional transitorio en la historia republicana)⁵.

18. Lo dicho hasta aquí, nos permite afianzar el perfil del juez establecido en la Ley de Carrera Judicial, Ley n.º 29277. Razonablemente se puede sostener que el artículo 2 de la Ley de la Carrera Judicial, tiene en sus ocho incisos rasgos fundamentales que permiten dar respuesta a la interrogante ¿qué capacidades y cualidades debe reunir un juez o qué características debe tener un juez para una magistratura idónea?; sin embargo, habrá que hacer puntuales cambios o agregados expresos en cuanto al

⁵ Sobre este particular tema: PANIAGUA CORAZAO, Valentín, «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», en FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. 1, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, pp. 109-122.

perfil del juez, como tener una “trayectoria democrática, de respeto y defensa de la Constitución, de los derechos fundamentales y del principio de convencionalidad”⁶. Y esto debe ser así literalmente, por cuanto, los jueces asumen -por lo menos- tres tareas fundamentales, que la vez van en compás de determinadas obligaciones básicas de los jueces: primera tarea: decidir los casos litigiosos (principio de inexcusabilidad), segunda tarea: decidir conforme al derecho (principios de constitucionalidad y legalidad y principio de convencionalidad dado su matiz de complementariedad según el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, Sentencia del 30 de noviembre de 2012, y tercera tarea: motivar sus decisiones (principio de justificación).

19. Los tiempos de constitucionalización y convencionalidad corresponde a una evolución nada fácil de la “ideología judicial tradicional” a una “ideología de la justicia democrática”; del juez normativista solamente encerrado y enterrado entre sus expedientes y textos legales a aquel juez convencional que no debe ignorar el medio político, social, económico, virtual y cultural de la sociedad⁷. Es un proceso evolutivo y de adaptación nada fácil porque estamos hablando de la forma de pensar y razonar de los jueces, una modificación del paradigma, de la cultura para transformar la cultura legal, estamos ante “datos culturales” para seguir a Tarello⁸, y la comprensión de los fenómenos jurídicos en un mundo cambiante por los desafíos del derecho globalizado y del constitucionalismo cosmopolita.

20. Ante tan compleja y sensible cuestión, empecemos no sólo por mejorar los procedimientos de reclutamiento de jueces, también los procedimientos de entrenamiento, esto es, la formación y capacitación de los cuerpos judiciales desde un enfoque democrático constitucional y del paradigma convencional, tanto en la planificación y evaluación como en el contenido curricular. En efecto, si la

⁶ DOMÍNGUEZ HARO, Helder. “Anclaje democrático constitucional de la renovación de la judicatura a través de la capacitación judicial. ¿Reforma de traje o de sustancia?”, *Gaceta Constitucional*, t. 151, 2020, p. 176.

⁷ *Ibíd.*, p. 177.

⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. xix.

capacitación de los jueces tiene como fin el fortalecimiento de la independencia judicial, esto es, la realización de los principios y valores constitucionales, que los magistrados cumplan su misión de guardianes y custodios de los derechos ciudadanos y brindar un servicio de calidad en la impartición de justicia, y por efecto el fortalecimiento del sistema democrático, se debe priorizar la enseñanza del “derecho convencional” como un curso orgánico en la capacitación de adultos; tanto en la formación inicial para ser futuro juez como para la formación continua una vez que ya se es magistrado (formación en servicio o en prácticas).

21. Más aún si la capacitación además de ser un derecho del juez, es también un deber, una obligación de los magistrados de actualizarse en temas de aplicación del Pacto de San José y la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que bien podría ser una variable de medición de desempeño judicial, la aplicación del orden supranacional, esto es, el ejercicio del control difuso de convencionalidad cuando corresponda.

22. La enseñanza del derecho convencional debe ser la puerta de entrada o el primer piso para la enseñanza sistemática de la trinidad temática conformada por la formación ética, la Constitución y los derechos humanos, contenido del derecho a la educación, previsto en el artículo 14 de la Carta Fundamental peruana y desarrollada también por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, debe ubicarse y catalogarse al “derecho convencional”, *-nomen iuris* de la disciplina- dentro de los cursos fundamentales, básicos y transversales dentro de la Academia de la Magistratura y de los centros de estudios de los poderes públicos que integran el sistema de justicia. No hacerlo o no considerarlo como debiera ser o enseñándose de un modo periférico, significaría llegar a la misma conclusión advertida por un grupo de especialistas en la década de los 90 sobre el la enseñanza del derecho constitucional “la formación de promociones de jueces alejados de la cultura democrática”⁹.

⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia*, MINJUS/PNUD, Lima, 1994, p. 25.

23. En definitiva, la convivencia entre el derecho convencional y el derecho interno o nacional es una clara manifestación del “derecho a vivir en democracia”, en un ordenamiento constitucional-democrático; y corresponde la labor de expandir un “sentimiento convencional” en el sistema de justicia peruano.

En la siguiente página se acompaña certificado de participación



Colegio de Abogados de
La Libertad

UPAO

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

Primer Congreso Internacional Virtual de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

"A cien años de la Constitucionalización
del Tribunal Constitucional de Austria"

Ponentes:

-  Néstor Pedro Sagües
-  Patricio Alejandro Maraniello
-  Manuel de Jesús Corado de Paz
-  Eduardo Andrés Velandia Canosa
-  Wendy Jarquín Orozco
-  José Palomino Manchego
-  Gustavo Gutiérrez Ticse
-  Napoleón Cabrejos Ormachea
-  Gerardo Eto Cruz
-  Pedro Alvaro Reyna Gil
-  Pedro Alfredo Hernández Chávez
-  Raúl Chaname Orbe
-  Helder Dominguez Haro
-  Raúl Lozano Peralta
-  Marco Antonio Moreno Gálvez

CERTIFICADO

Otorgado a:

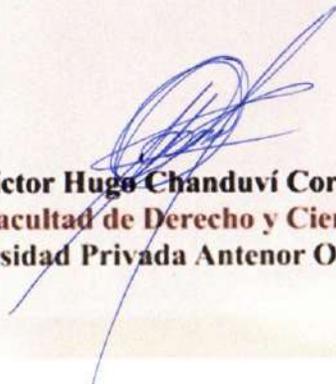
HELDER DOMÍNGUEZ HARO

Por haber participado en calidad de **PONENTE**, en el I Congreso Internacional Virtual de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, organizado por el Colegio de Abogados de La Libertad Y la Universidad Privada Antenor Orrego, desarrollado los días 17, 18 y 19 de diciembre del año en curso, por transmisión en la plataforma Zoom, con una duración total de 40 horas lectivas.

Trujillo, diciembre 2020




Dr. Marco Antonio Moreno Gálvez
DECANO
Colegio de Abogados de La Libertad


Dr. Victor Hugo Chanduví Cornejo
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Privada Antenor Orrego