



Edición N° 4 – Diciembre 2023

LA CONVENCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS, ¿REALIDAD O UTOPIA?: ANOTACIONES SOBRE LAS DIFICULTADES PARA SU CONSOLIDACIÓN EN AMÉRICA LATINA, Y EL PAPEL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES AL RESPECTO

Por Eloy Espinosa-Saldaña Barrera¹

1. SOBRE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN UN CONTEXTO COMO EL LATINOAMERICANO.

¹ Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho con mención sobresaliente summa cum laude y Premio Extraordinario en Madrid (España). Ex vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Conferencista invitado, Profesor visitante o Profesor invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Fundación Konrad Adenauer (Alemania); la Corte Constitucional y las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa (Italia); las universidades París Sorbona y Lorena (Francia), entre otros Tribunales o Cortes Constitucionales, Cortes Supremas, universidades y centros de estudio de España, Suiza, Rusia, Polonia, Bélgica, Andorra, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Puerto Rico, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Venezuela, Qatar, Marruecos y Corea del Sur. Integrante de la mesa directiva de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ex integrante de las mesas directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal, así como de la Red peruana de docentes en Derecho Constitucional. Integrante del Instituto Internacional, la Asociación Internacional y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo; y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otras entidades. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex Director General de la Academia de la Magistratura (Escuela judicial peruana). Autor, coautor o director de diversas publicaciones en materia de su especialidad. Código ORCID 0000-0003-1205-448x

Consideraciones iniciales

Una de las más importantes tareas a cargo de un juez o jueza constitucional es hoy, qué duda cabe, la referida a la convencionalización del Derecho, y, sobre todo, la convencionalización de los derechos. Y es que, en contextos como el latinoamericano, en donde algunos problemas a nivel mundial (como los de la crisis de respeto a los derechos, muy a despecho de su reconocimiento constitucional, legal o jurisprudencial; o la crisis por falta o por insuficiencia de reconocimiento y vigencia de la idea de “buen gobierno”, y un largo etcétera) se dan la mano con algunas limitaciones ya casi endémicas en nuestros países. En este escenario, la convencionalización de los derechos ha sido, indudablemente, un importante elemento para satisfacer las necesidades humanas básicas de las diferentes personas (y de la mano con ello, la consecución de los diferentes proyectos de desarrollo humano integral); y a la vez, un valiosísimo instrumento para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

Y es que estamos frente a un escenario como el latinoamericano (Estados Unidos y Canadá nunca habilitaron la competencia de la Corte Interamericana), y por ende, nuestro sistema supranacional de tutela de derechos, en donde, además de lo que se encuentra a nivel mundial, nos encontramos, entre otros elementos planteados, con mayor o menor intensidad, en función a la condición de cada Estado en particular, a la constatación de una situación de debilidad institucional y de poca participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes en una sociedad determinada. Junto a ello, conviene anotar que el quehacer político estatal latinoamericano oscila entre democracias insuficientes, ubicadas entre los riesgos de “democracias elitistas excluyentes” (1); diversas manifestaciones de populismo (2); y autocracias más o menos desembozadas.

Y por si lo expuesto no fuera suficiente, si bien son importantes los logros tuitivos alcanzados básicamente en el ámbito de los derechos, necesario es anotar como muchas veces existe un reconocimiento más formal que real de varios de estos derechos, o nos encontramos ante situaciones donde la titularidad de ciertos derechos aparece como irrazonablemente restringido para ciertos sectores de la población. También hay cuestionamientos vinculados con la actuación de quienes desempeñan labores jurisdiccionales, y no solamente en lo referido carácter contramayoritario de la tarea jurisdiccional, la legitimidad democrática de la labor emprendida, o la falta de familiaridad con las particularidades de la interpretación constitucional y la interpretación convencional (existe el riesgo de encontrarnos con interpretaciones hiperformalistas, o de ubicarnos ante comprensiones que demuestran serias deficiencias formativas a nivel argumentativo o en el plano conceptual).

Incluso son cuestionables algunas disposiciones constitucionales o ciertas regulaciones o prácticas vinculadas con competencias asignadas a los juzgadores (sistemas de nombramiento, promoción, sanción y término de la carrera de juezas o jueces, o manejo de recursos económicos); y, finalmente, la hiperreglamentación de los derechos recogida en algunas Constituciones (la

cual, por cierto, con intención o sin ella, recorta el ámbito de acción de quienes juzgan o interpretan). Frente a este contexto, adquiere innegable relevancia el aporte de la ya mencionada convencionalización de los derechos.

Sinceramente creo que hay mucho a favor de la relevancia y utilidad de la convencionalización de los derechos frente a la labor que hoy toca asumir a jueces y juezas. En primer lugar, se apuesta por la configuración de un Derecho común permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de nuestros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización de los derechos no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio, si su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel para así enriquecerlo y potenciarlo.

En segundo término, la convencionalización de los derechos facilita una comprensión de ciertos temas en los cuales a nivel interno no ha habido respuesta a alguna materia (o dicha respuesta ha sido deficitaria en términos de reconocimiento y protección de esos mismos derechos, o de algunos otros). Además, permite recurrir a una pauta para la configuración de una alternativa, pauta proveniente del texto de la normativa convencional suscrita por cada Estado, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius Cogens*. Todo ello, claro está, no involucra desconocer la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común.

De otro lado, y en tanto y en cuanto se parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, la dinámica aquí descrita le permite al juez(a) constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos(as) juzgadores(as).

No debe además soslayarse que, muy a diferencia de lo que sucede con otras constituciones, donde la alegación de estar trabajando por buscar superar las limitaciones de un contexto de democracia formal o insuficiente muchas veces parece más ben encerrar la justificación de nuevas expresiones de un populismo bastante lejano al ideal que se dice querer propulsar, la convencionalización de los derechos parte de una clara defensa de aquello que inspira, orienta y regula (muy a despecho de innegables tensiones y dificultades) el quehacer de una Estado Constitucional y Democrático.

En ese sentido, esta dinámica ayuda a quienes interpretan, y hasta juzgan, a encontrar o generar respuestas debidamente articuladas con los parámetros que por lo menos hoy acompañan al Estado Constitucional y la democracia

Constitucional. Con esto me estoy refiriendo a que se permite construir, o por lo menos, potenciar opciones en donde se imponen límites y vínculos constitucionales a las decisiones de los órganos de gobierno de un Estado determinado. Ello con el objetivo de preservar el rol de los derechos como centro no solamente de la acción estatal; sino también del quehacer de todo aquel que cuenta con autoridad, y de la ciudadanía en general.

Entonces, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas. Necesario es entonces anotar aquí que, y ya frente a estas materias, ha habido importantes avances contruidos o potenciados desde sede jurisdiccional, sobre todo desde los jueces, juezas o tribunales constitucionales, o de quienes hacen sus veces. Justo es también reconocer que ha habido imprecisiones y retrocesos, y hasta hoy hay muchos retos por superar.

Las diferencias entre el sistema interamericano de Derechos Humanos y los sistemas europeos, con especial mención al sistema europeo de protección de Derechos Humanos (3).

Cabe eso si señalar que la alternativa europea es diferente. En primer lugar, en Europa se cuenta con un sistema regional de protección de Derechos Humanos distinto. No existe una Comisión, sino directamente una Corte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), encargado de interpretar la vigencia y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los Estados suscriptores del Convenio pueden ser directamente demandados ante esta Corte si quien cuenta con legitimación procesal activa para ello, y si, en principio, se ha agotado la vía interna para la solución del conflicto en el Estado al cual finalmente demanda (o esa vía interna ya no es idónea, pues el agotarla haría que el daño ya haya cesado, o devenga en irreparable).

En segundo término, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emite sentencias, pero no está tan directamente comprometido en su ejecución como se encuentra la Corte Interamericana en el sistema interamericano de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no cuenta con instrumentos propios para buscar garantizar el cumplimiento de sus sentencias. La Corte Interamericana, en cambio, hace uso de sus audiencias y sentencias de cumplimiento, espacios en donde el Estado condenado tendrá que asegurar el cumplimiento de las sentencias de la Corte. Téngase presente que las sentencias de la Corte pueden recurrir a un sistema de reparaciones integrales, donde el cabal cumplimiento de lo resuelto tiene la posibilidad, para ser efectivo, de recurrir a medidas con las que puede contar cada una de sus sentencias: de restitución, de indemnización, de rehabilitación, de satisfacción, y de no repetición. Se incluye aquí también a la investigación de los hechos que

violentaron derechos, para así determinar qué tipo de responsabilidades se pueden haber generado.

Medidas de restitución son las que buscan el restablecimiento de los derechos vulnerados, y de las condiciones de las víctimas hasta antes que se produzca la violación de sus derechos. A modo de ejemplo podría aquí mencionarse la restitución de tierras ancestrales de un pueblo indígena. Las medidas de indemnización o compensación involucran una retribución económica en proporción a la vulneración ocasionada. Las medidas de rehabilitación están dirigidas a la atención de tipo jurídico, médico, psicológico y social en favor de las víctimas o de su entorno más cercano (sobre todo cuando las víctimas han fallecido, o se les ha violado derechos como el de integridad, por citar un caso). Las medidas de satisfacción intentan proporcionar bienestar, y contribuir a mediatizar el dolor de las víctimas, recurriéndose así muy frecuentemente a la publicación de la verdad sobre lo sucedido. Finalmente, y como lo indica su denominación, las medidas de no repetición son aquellas que tienen que tomar los Estados que violaron derechos para que estas vulneraciones no vuelvan a darse (mediante, por ejemplo, el cambio de normativa, la modificación de la jurisprudencia al respecto, o la capacitación de los actores involucrados).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, deja a la ejecución de sus sentencias como responsabilidad de los propios Estados que violaron el Convenio Europeo. El Tribunal no cuenta con audiencias o sentencias de cumplimiento, sino que se respalda en el margen de apreciación estatal y la fijación de estándares mínimos de protección de los derechos.

Las alternativas asumidas en el denominado sistema europeo de protección de derechos humanos puedan parecer sugerentes, pues es finalmente el propio Estado sancionado quien garantiza el cumplimiento de lo resuelto, sin llegarse a interminables controversias entre, por ejemplo, la Corte Interamericana y el Estado que aceptó la competencia de dicha Corte sobre si se cumplió con lo resuelto en todos sus extremos. Sin embargo, respetuosamente aquí se discrepa con ambas posibilidades de actuación.

Y es que el margen de apreciación estatal, nacional o de los Estados tiene el inconveniente de trasladar la responsabilidad de cumplir con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a entes calificados dentro del propio Estado infractor. Una vez emitida la sentencia correspondiente, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le corresponderá básicamente ejercer presión para que el Estado infractor materialice a cabalidad el pronunciamiento hecho en su contra. Y allí la rebeldía del Estado infractor puede ser más patente en los Estados suscriptores del Convenio Europeo más poderosos, pudiendo generarse aquí cumplimientos incompletos y desiguales (y por lo mismo, injustos) ante una vulneración de derechos sustancialmente igual, dependiendo de cuál es el Estado infractor.

De otro lado, el establecimiento de un estándar mínimo de protección de derechos habilita a quien juzga dentro de un Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (y lo más grave, a quien juzga dentro de un Estado

infractor a una de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a la posibilidad de preferir la norma estatal o nacional frente a la comunitaria, alegando que la primera de las mencionadas es más tuitiva que la segunda.

Este margen de elección, para algunos (sin necesidad de recurrir a una postura hoy, en rigor técnico, completamente alejada de la actual comprensión de la soberanía, y más bien funcional a lo planteado en su momento por Bodin y por quienes defendían una dinámica en los hechos próxima a la que caracterizaba a la monarquía absoluta) únicamente podría justificarse excepcionalmente en contados casos, donde es palmaria la mayor protección que genera la norma interna frente al parámetro convencional (el tratado mismo o la interpretación vinculante de dicho tratado). Sin embargo, y con mucho respeto a otras posiciones existentes, creo que esos supuestos no solamente son muy raros, sino que pueden generar la existencia de hasta dos tipos de controversias.

La primera de esta clase de controversias es la provocada por la no aplicación del Convenio de Viena sobre los tratados (justo es alegar que en Europa hay muchos países que no reconocen rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos) . Ahora bien, y en cualquier caso, la interpretación de un tratado, máxime si versa sobre Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia supranacional emitida a propósito de dichos tratados, no debiera ser un acto unilateral, sino más bien producto de consensos mínimos, aunque sin desconocer el principio kompetenz- kompetenz (por ende, quien determina que es lo convencional es, guste o no guste, quien cuenta con la titularidad de la interpretación final vinculante de cuál es el parámetro a seguir en el ámbito convencional). La segunda clase de controversias que puede generarse no es menos grave, pues si es quien juzga a nivel nacional estatal o nacional cuál es la norma más tuitiva, y lo hace de manera unilateral, puede terminar quitando toda eficacia jurídica al parámetro convencional (de allí la importancia, insisto, de realizar interpretaciones que sean producto de consensos mínimos, aunque sin soslayar la aplicación del principio kompetenz- kompetenz).

Finalmente, y para así culminar con este apartado del presente texto, Europa cuenta con un sistema de integración comunitario, que parte de lo económico, aunque no se queda en ello, y que se sustenta en diferentes tratados y la existencia misma de la Unión Europea. Las relaciones entre esta normativa comunitaria y el tribunal que la hace cumplir, tribunal con sede en Luxemburgo; y las vinculaciones entre los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo son temas que exceden a los alcances del presente trabajo.

El papel de jueces, juezas y tribunales Constitucionales latinoamericanos (o Altas Cortes que hagan sus veces) en la protección de los derechos

En este contexto, la tarea de los Tribunales Constitucionales, así como las de las Altas Cortes que cumplen similar labor, y el quehacer de quienes son jueces y juezas constitucionales, es de singular relevancia. En algunos Estados son quienes tienen la responsabilidad de ejecutar las sentencias emitidas por

tribunales con pronunciamientos vinculantes sobre la vigencia de ciertos derechos (eso no ocurre en el Perú, donde hay un procedimiento específicamente establecido al respecto, recogido en la ley 27775 y sus modificaciones). En todos los Estados que aplican el control de convencionalidad establecido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los jueces y juezas, y sobre todo, los que pertenecen a un Tribunal Constitucional (o a una Alta Corte que haga sus veces), son los principales responsables de aplicar las pautas convencionales en general (interpretación conforme a lo convencional), y de inaplicar las normas convencionales. También tienen a su cargo la aplicación de la jurisprudencia de ciertos tribunales encargados de interpretar esas pautas convencionales y de inaplicar las normas o actuaciones estatales que resulten contrarias a estas convenciones (en América Latina básicamente los tratados sobre Derechos Humanos).

Para ello se ha seguido, explícita o inconscientemente, pautas como las reseñadas en este texto. Precisamente sobre los retos existentes al respecto pasaré a efectuar, siquiera a modo de puntual reseña, alguna referencia de inmediato.

2. LOS RETOS O RIESGOS A ENFRENTAR PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS A NIVEL JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA.

Consideraciones generales

La labor de interpretación y resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente, muy a despecho de eventuales cuestionamientos. Sin duda es innegable reconocer como el quehacer jurisprudencial ha planteado importantes avances en esta misma dirección, los cuales, por cierto, no se han quedado en el ámbito de tutela de los derechos, sino que se ha proyectado también al escenario de la toma de las decisiones de gobierno y gestión más relevantes en varios Estados en particular (4).

Ahora bien, estos avances o aportes deben, en su caso, hacer frente a la presencia de algunos significativos retos, más allá de los problemas de contexto mundial y latinoamericano a los cuales he hecho mención en otra parte de este mismo texto. Mucho es lo que podría decirse al respecto, pero aquí, siquiera puntualmente, voy a referirme a algunos temas que considero son de la mayor importancia.

El primero de ellos va dirigido a discutir qué y con cuál legitimidad algo es justiciable; y muy directamente relacionado con lo anterior, se vincula a si todo es realmente justiciable. El segundo va referido a la comprensión de los alcances de la misma tarea de convencionalización asumida. Está, por último, el reto del respeto a la soberanía del Estado que admite normas convencionales y la emisión de sentencias que apliquen parámetros convencionales, incluso dejando de lado aquella normativa estatal que resulte contraria a lo convencional. Buscar

proporcionar insumos acerca de cómo abordar estos temas es aquello a lo cual dirigiré mi atención a continuación.

El reto sobre qué es justiciable, con cuanta legitimidad algo lo es, y los límites del quehacer jurisdiccional al respecto.

No olvidemos que se parte de la premisa mediante la cual se afirma que un Estado Constitucional no deben existir zonas o actividades exentas de control, y que la lucha para evitar la inmunidad (que suele devenir en impunidad) en el ejercicio del poder no debe detenerse. También debemos tener presente que el Estado Constitucional se caracteriza por ser un Estado donde el poder es limitado, donde nadie tiene todo el poder, sino cuotas del mismo (competencias), las cuales son expresamente asignadas a cada entidad o funcionario(a) dentro de cada Constitución, o, en su caso, por la norma correspondiente dictada por la autoridad competente o por lo que se desprenda razonablemente de esa normativa, aunque allí no se encuentre explícitamente señalado.

Además, en el Estado Constitucional no solamente importa contar con la competencia para desempeñar una función (incluso la de interpretación vinculante y control de constitucionalidad). Involucra también ejercer esa responsabilidad dentro de ciertos parámetros. Por ende, un juez constitucional, una jueza constitucional o alguien que integra un Tribunal Constitucional tienen tareas muy importantes a su cargo, pero no están habilitadas para hacerlo todo. Corresponde entonces siempre preguntarse no solamente por la legitimidad de su labor, sino también interrogarse acerca de un tema muy vinculado con éste, el de los límites del quehacer de un juez constitucional.

Mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional, y con más detalle se ha hablado de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aún cuando el tema no se encuentra exento de polémica, en líneas generales se parte de reconocer que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solamente el quehacer propio del Derecho, sino también el político, el social y el cultural al interior de un Estado determinado. La interpretación de dicha Constitución no solamente busca tutelar la voluntad general, sino, sobre todo, asegurar una mejor protección de los derechos (y especialmente los de las minorías), garantizado ello con una limitación del poder, la cual se traduce en la distribución de funciones y en la generación de mecanismos de control al ejercicio de esas funciones.

El juez o jueza constitucional se legitima en esa delicada labor en función a que asume, y justifica sus competencias en mérito a parámetros establecidos conforme a Derecho; en la imparcialidad e independencia que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional; y al desarrollo de sus tareas en base a su conocimiento del Derecho y lo jurídico (que es precisamente lo que debe aplicar). Ahora bien, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

Es importante entonces tener presente una vez más el tema de los límites a la labor del juez o jueza constitucional. Conviene allí entender que la labor de estos juzgadores y juzgadas tiene un punto de partida y, por ende, un límite a su quehacer: la Constitución (más que en su lectura literal, en su comprensión sistemática, y, sobre todo, en su versión convencionalizada) y lo que puede inferirse razonablemente de lo previsto en ella. También debe comprenderse que estamos ante autoridades, y, como consecuencia de ello, frente a personas que en las tareas a su cargo deben respetar parámetros de racionalidad, razonabilidad, corrección funcional o deber de motivación.

De otro lado, y en tanto y en cuanto son autoridades con labores de carácter jurisdiccional, no corresponde a esos jueces y juezas efectuar juicios en base a consideraciones de calidad o de oportunidad. En estos casos, también operan como límites al quehacer del juez(a) los alcances de las pretensiones puestas en su conocimiento, frente a las cuales puedan actuar en aplicación del *lura Novit Curiae* (o de la suplencia de queja deficiente, si se recurre a la terminología aportada básicamente desde México a la disciplina jurídica habitualmente denominada “Derecho Procesal Constitucional”), más no romper una indispensable congruencia funcional; la especialidad de las materias decididas; o la misma “convencionalización del Derecho”, y especialmente la de los derechos, pues dicha convencionalización deja de lado y sin sustento algunas posibilidades interpretativas para los diferentes juzgadores y juzgadas.

Finalmente, por no seguir con un largo etcétera, cuenta también la complejidad de los casos puestos en conocimiento de una jueza o un juez (fáciles, intermedios, difíciles y hasta trágicos (4)) como elemento a tomar en cuenta para limitar su accionar.

Sin embargo, no son estas materias las únicas que generan algunas interrogantes. Cabe también preguntarse, tomando en cuenta las especiales características de ciertos temas, si es posible que puedan ejercerse sobre ellas eficientemente las labores de interpretación y control que se le piden a los jueces y juezas. Cabe entonces cuestionarse por si realmente todo es justiciable. En el fondo de ello hay una pregunta clave dentro del Estado Constitucional, uno de cuyos aspectos básicos es el de la necesidad de limitar y organizar el poder: la pregunta sobre quién se encarga de qué en un Estado o en una sociedad en particular. Corresponde entonces pasar a dar algunos apuntes al respecto.

Centraré por ahora mi análisis en un tema en particular, a modo de ejemplo de lo que quiero plantear: el electoral. ¿Acaso todo lo conflictivo en lo electoral (materia sobre cuyos alcances por cierto no necesariamente coincide el análisis de todos) es canalizable en sede jurisdiccional? Tiene que tomarse en cuenta la dificultad que implica el poco tiempo con que se cuenta para resolver este tipo de controversias; la real utilidad de la labor de algunas autoridades electorales, en función a sus actuales configuraciones y diseños; o el riesgo de politización de los espacios jurisdiccionales específicamente previstos para atender lo electoral (o que deben efectuar una interpretación constitucional con competencia en lo electoral) son algunos de los factores que por lo menos ponen

en entredicho la pertinencia de judicializar cualquier materia, aún cuando dicha judicialización sea confiada a jueces y juezas constitucionales.

Bien podrá decirse que existe una especial sensibilidad en el tema electoral, en donde se encuentra en juego precisamente como alguien llega o se mantiene en el ejercicio de los espacios que le habilitan a un ejercicio legitimado de las mayores cuotas de poder en un Estado o en una sociedad en particular. Confiar a políticos el control del quehacer político puede sin duda causar ciertos resquemores. Sin embargo, y como acertadamente plantea Diego Valadés, existen casos ante los cuales las garantías de carácter jurisdiccional pueden devenir en francamente ineficientes, siendo oportuno analizar la conveniencia de recurrir en estos casos a lo que el reconocido jurista mexicano denomina “garantía política” (5). En otros temas, como el informático, se requieren de respuestas rápidas, que difícilmente se pueden dar en un escenario jurisdiccional, que debe caracterizarse por una dinámica dialógica, de debate. Ello por más que se recurra a técnicas propias de una tutela diferenciada, y, dentro de ellas, incluso a una gran variedad dentro del escenario cautelar (recogiendo inclusive a medidas cautelares de tipo innominado o anticipado). Es por ello que en muchos temas el espacio jurisdiccional es el de ser el último recurso de tutela, con la ventaja de que suele ser el más garantista de los derechos o de la limitación del poder.

Como fácilmente puede apreciarse, la misma pertinencia de acudir al escenario jurisdiccional es lo que muchas veces se encuentra cuestionado. Ante la dificultad de dar rápida respuesta a materias muy complejas, y mirando los temas desde una perspectiva positiva, adquiere entonces especial significación contar con perspectivas interpretativas como la de la convencionalización del Derecho y los derechos, para así preservar o potenciar aspectos tan relevantes como aquellos a los cuales he hecho mención en otros apartados de este texto, muy a despecho de si eventualmente la aplicación de esta propuesta es o no finalmente confiada a organismos de naturaleza jurisdiccional, lo que, muy a despecho de ciertos reparos, la mayoría de las veces aparece como lo más adecuado, siquiera como el último espacio garantista.

El reto sobre la comprensión de los alcances de las tareas de convencionalización de los derechos

Como se ha dicho en más de una ocasión, se entiende por “convencionalización del Derecho” a esa apuesta por la configuración de un Derecho común (que no descuida lo propio, sino que busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado), dentro del cual la comprensión del Derecho y de los derechos debe hablarse de acuerdo con lo señalado en los diferentes tratados suscritos por los distintos Estados, o, en su caso, conforme a lo que se desprende de dichos tratados, o de acuerdo con aquella normativa que ya ha adquirido carácter de *ius cogens*.

Ahora bien, necesario es anotar que los alcances de esta convencionalización (máxime en el escenario latinoamericano, donde se ha optado por una convencionalización de los derechos en la dinámica de un control de

convencionalidad, y no dentro de la dinámica de un margen de apreciación estatal; donde la misma Corte Interamericana ha apostado por un sistema de reparaciones integrales; y, finalmente, donde la Corte de San José de Costa Rica ha establecido su propio sistema de audiencias y sentencias para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias) también han admitido lecturas distintas.

Así, por ejemplo, hay quienes hacen una lectura literal de lo previsto, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre los tratados, y alegan sin más que no cabe alegar Derecho interno para desconocer el parámetro convencional. Frente a esta postura extrema, hay quienes alegan un carácter subsidiario de la convencionalización frente a lo existente en el Derecho interno, y sobre todo a nivel constitucional. En ese tenor, lo convencional solo se cumple si no afecta el parámetro constitucional interno, correspondiendo en principio a los organismos competentes de cada país (en líneas generales, las Altas Cortes de cada país, responsabilidad que incluso podría compartirse con otros órganos jurisdiccionales) determinar si es aplicable lo convencional o no. Esto último tiene el riesgo de llevar a que en los hechos sea unilateralmente la autoridad nacional o estatal quien juzga cuál es el estándar mínimo o deseable de protección, y en base a ello se soslaye la aplicación de todos los avances alcanzados a nivel convencional.

Y es que hay quienes alegan que la comprensión en clave convencional de estos temas debe entenderse en una dinámica de estándar mínimo, postura mucho más asentada en el espacio europeo. Allí se privilegia lo convencional, siempre y cuando se considere que lo estatal no resulta más tuitivo. Si lo previsto en un Estado en particular fuese más garantista que el parámetro convencional, primará la solución estatal en esa situación en particular. Esta postura es interesante, pero tiene la dificultad de determinar qué es lo más tuitivo y a quién corresponde esa determinación.

Sin embargo, corresponde entender que la configuración de la convencionalización del Derecho y de los derechos se da, como bien ha indicado calificada doctrina (6), comprendiendo que hoy nos encontramos en un escenario de fragmentación jurídica, y, por ende, de pluralismo interpretativo. Sin duda alguien va a tener que dar la última palabra en la solución de un caso en particular, o en la resolución de una situación o normativa planteada en términos generales, pero lo que se busca en estos casos una comprensión más bien uniforme. Sin embargo, ello no debería ser la consecuencia de la decisión unilateral de un “supremo intérprete” sobre los eventuales pareceres de otros intérpretes que, por cierto, en ciertos contextos pueden ser calificados como finales.

Y es que conviene tener presente que el tantas veces invocado “diálogo multinivel” no implica que alguien decide y el resto acata. Involucra más bien el uso de técnicas de cohabitación para así articular unas no siempre sencillas relaciones interordinamentales. La necesaria convergencia de interpretaciones en un escenario de varios intérpretes que se reclaman como finales va a llevar a

la generación de consensos mínimos que encuentran en el principio pro homine su límite de actuación (7).

Estos consensos mínimos, como bien se ha explicado (8), son “soluciones de síntesis”, centradas en evitar interferir sobre la eficacia de la norma o la decisión a aplicarse. Alcanzar estos consensos mínimos implica articular entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, que los represente. La obtención de una respuesta común consensuada, añadido ya a nivel personal, sería lo óptimo a aplicarse. Ello, claro está, sin desconocer las competencias que le corresponden a cada autoridad o entidad involucrada.

Bien podría cuestionarse la relativa pérdida de certeza a la cual puede llevar la construcción de este tipo de respuestas. Esto, por lo demás, no es en rigor ni nuevo ni cierto. Es más, ya ocurre en la práctica en muchos países donde ya a nivel jurisdiccional coexisten varios intérpretes finales (o por lo menos, que reclaman esa condición). Por ello, con este tipo de “soluciones de síntesis” se busca evitar un “choque de trenes”, o, dicho con otras palabras, inconvenientes y harto perjudiciales conflictos interinstitucionales.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que la certeza de un pronunciamiento vinculante (entre los cuales destacan nítidamente las resoluciones emitidas por órganos con competencias jurisdiccionales) no solamente está marcada por la pulcritud de su redacción y motivación. Aquello, que sin duda es indispensable, debe darse en un contexto en que se asegure el cumplimiento de lo plantado. Eso es precisamente lo que busca conseguirse generando consensos mínimos entre la pluralidad de intérpretes vinculados.

El reto de la invocación a la soberanía de los Estados

Suele ser el primero de los retos a los que se referencia cuando se abordan estos temas, pero creo que aquí las posiciones sobre el particular son bastante conocidas. Y es que si partimos de la formulación inicial de lo que se entendía por soberanía (o, por lo menos, de la más conocida en su momento), la soberanía es la capacidad de tomar decisiones últimas en un territorio determinado, sin interferencias internas o externas. Con el tiempo, varió quien es el titular de la soberanía (pasando de la persona que concentraba todo el poder (el denominado soberano) a, según la opción asumida, a la soberanía nacional, la soberanía del pueblo, la soberanía del Estado (y del debate sobre si hay un soberano en o dentro de mismo Estado)). Y, tal vez lo más importante en este tema, se genera una polémica sobre si esas competencias consideradas como parte de la soberanía son delegables (pueden ser encargadas) e incluso transferibles (asignadas a un titular distinto al original).

La pregunta clave, y que no tiene una respuesta pacífica hasta hoy, está referida a si, precisamente por un acto soberano, se pueden transferir o delegar competencias tradicionalmente consideradas como parte de la soberanía a otra entidad o ente. De hecho, aquello es lo que ha ocurrido en la actualidad, y muy

claramente cuando se habla de convencionalización del Derecho, o de los derechos.

Frente a lo expuesto, las respuestas son muy distintas, y hasta opuestas. Para algunos, la soberanía ha devenido en algo inexistente o carente de sentido. Para otros, se trata de un conjunto de competencias que pueden compartirse entre diversas instituciones, y no solamente ser ejercidas por un Estado en especial. Si se me pide opinión en este tema, harto discutible por cierto, coincido con quienes consideran que hay competencias donde el Estado, el pueblo o la Nación (según la postura por la cual uno se incline, materia que rebasa los alcances del presente trabajo), conserva la posibilidad de tomar ciertas decisiones sin interferencias de un ente o entidad externa, pero que hay competencias que han sido trasladadas a coberturas supranacionales, como, no sin dificultades, es el caso de la convencionalización del Derecho, y, principalmente, la convencionalización de los derechos.

3. ¿RETO O RETROCESO?: ALGUNAS PUNTUALES ESPECIFICACIONES SOBRE LO RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO “FONTEVECCHIA Y D’AMICO C. ARGENTINA”

Hace algunos años, cuando Carlos Menem era presidente de la Argentina, corrió el rumor que tenía un hijo al cual no reconocía públicamente. La revista “Noticias” investigó el hecho, y no solamente hizo una serie de notas al respecto, sino que dedicó alguna tapa de esa publicación a este tema. El entonces presidente argentino demandó a la revista “Noticias”, planteando que esa publicación habría violado su derecho a la intimidad.

Luego de haberse rechazado la demanda en primer grado, tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina más bien proceden a condenar, tanto a la editorial que emitía “Noticias”, como a los ciudadanos Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, a pagar una indemnización. Este caso es llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, el año 2011, considera, para plantearlo aquí muy puntualmente, que, en este caso, la revelación hecha por “Noticias” estaba justificada, al ser Menem una figura pública; y que la condena aplicada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina constituían violaciones a la libertad de expresión de quienes fueron denunciados por Menem. Por ello, condena al Estado argentino en este proceso en particular.

Cabe destacar que la condena al Estado argentino, en la lógica de reparación integral que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluía tomar las siguientes acciones:

1. Dejar sin efecto la condena impuesta a Fontevecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias.

2. Publicar completa la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, así como un resumen oficial de lo resuelto por la Corte Interamericana (elaborado por la Corte Suprema) en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación.
3. Devolver a Fontevecchia y a D'Amico lo que habían pagado por su proceso y en su condena, y, además, los gastos que tuvieron que hacer durante el proceso seguido ante la judicatura argentina.

El Estado argentino ya había cumplido con las publicaciones mencionadas en el punto dos, y estaba tramitando las devoluciones incluidas en el punto tres. Es en ese contexto que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina le pide a la Corte Suprema de su país que cumpla con el punto uno al cual acabo de hacer mención.

Ante ese requerimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, con fecha 14 de febrero de 2017, en mayoría, señala lo siguiente:

1. Si bien se reconoce que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana es en principio obligatorio, esa obligatoriedad puede discutirse si la Corte Interamericana no cumple con ciertas condiciones, y entre ellas, la de ceñirse a sus propias competencias.
2. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema argentina se autohabilita la competencia de determinar si la Corte Interamericana, al momento de emitir "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina", está en el cabal ejercicio de sus atribuciones o se encuentra actuando al margen de ellas. En este caso en particular, considera que la Corte Interamericana ha ido más allá de sus propias competencias.
3. Se alega que la protección internacional de los derechos tiene un carácter subsidiario (entendido aquí como que son los organismos nacionales los que deben cesar y reparar internamente las violaciones a dichos derechos, correspondiendo al plano internacional solamente participar cuando no se había conseguido la protección interna), y, por ende, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no constituye una cuarta instancia o grado destinado a revisar o anular decisiones jurisdiccionales tomadas, en este caso, por la judicatura ordinaria argentina.
4. Se invoca una aplicación de la teoría del margen de apreciación estatal.
5. Finalmente, la Corte Suprema argentina hace una referencia al artículo 27 de la Constitución de su país (por cierto, no comprendida sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución). En base a ello señala la existencia de unos principios de Derecho público provenientes de la Constitución, los cuales están por encima de lo dispuesto en los diferentes tratados, tratados a los que se les reconoce un rango supralegal pero infraconstitucional (convendría revisar el texto de la Constitución argentina para opinar sobre la validez de esa aseveración). La invocación de esos principios, junto a las otras

consideraciones ya aquí invocadas en este texto, le permiten a la Corte Suprema argentina, a la vez, preservar su sentencia y no materializar lo planteado en su momento por la Corte Interamericana.

Mucho es lo que se podría señalar al respecto. Sin duda, como ya se ha invocado en varios textos, siempre es necesario conversar sobre cuáles debieran ser los alcances y efectos de una sentencia de la Corte Interamericana. Además, repito, conviene siempre construir respuestas que sean producto de un diálogo interinstitucional multinivel. Sin embargo, estas tareas no pueden hacerse de cualquier manera.

Explico los alcances de esta última afirmación. Sin duda alguna siempre puede discutirse si un órgano jurisdiccional pasa, si de tutela de derechos se trata, de lo que bien señalaba Augusto Morello, de un necesario activismo a un riesgoso hiperactivismo en la comprensión de sus competencias. Sin embargo, no puede desconocerse que, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz, es a la Corte Interamericana a quien le corresponde determinar cuál es su margen de competencias. El resultado debe consensuarse, pero en base a un parámetro ya establecido (el convencional), y siempre con respeto a las competencias reconocidas a los diferentes intérpretes involucrados.

Además de lo expuesto, debe mencionarse que la invocación hecha en este caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina al principio de subsidiariedad es muy respetable, pero errónea, pues en rigor no guarda relación con las medidas de reparación que puede fijar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escenario en el cual precisamente se desenvuelve esta controversia. Como bien conviene tener presente, este principio de subsidiariedad busca asegurar que la alegada violación de algunos derechos tenga una respuesta adecuada a nivel interno antes de eventualmente ir al escenario de la protección internacional de derechos. Una medida de reparación decidida por la Corte Interamericana es la consecuencia de un momento posterior, cuando lo ya lo debatido escapó del conocimiento a nivel nacional. No debe olvidarse que este caso ya tenía un pronunciamiento supranacional, acompañado de una serie de medidas destinadas a asegurar el cabal cumplimiento de dicho pronunciamiento.

También, con todo respeto, es equivocada la comprensión que la corte argentina hace de la Corte Interamericana como una cuarta instancia o grado (ver al respecto, entre otros casos, lo dicho por la Corte en “Cabrería García y Montiel Flores contra México”). La Corte Interamericana no hace evaluaciones en función al cumplimiento de respetables ordenamientos jurídicos nacionales. Lo que la Corte Interamericana evalúa es si lo que se ha cumplido son los parámetros convencionales, previstos en la Convención Interamericana o en la interpretación contenciosa o consultiva que la misma Corte haya hecho de la misma Convención. No es pues un organismo de revisión de un ordenamiento jurídico estatal en base a las pautas de ese mismo ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, las apreciaciones más preocupantes son aquellas vinculadas a la invocación del margen de apreciación estatal y a los principios de Derecho público incluidos en el artículo 27 de la Constitución argentina. Y es que las

lógicas del margen de apreciación estatal, y del estándar mínimo de protección de derechos -lógicas por cierto muy cuestionadas en el mismo escenario europeo donde habitualmente se han aplicado- van en un sentido muy distinto al de la configuración del control de convencionalidad que se ha venido siguiendo en los países inscritos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Y es que una cosa es tomar en cuenta las especiales características de lo que ocurre en un país para un mejor resolver, y otra condicionar la respuesta o su ejecución a la voluntad de organismos pertenecientes al Estado sancionado, o pasible de sanción por violación de parámetros convencionales. Lo segundo, con todo respeto, conspira contra el sentido último de la convencionalización del Derecho y de los derechos, el de la construcción de un Derecho común. Un Derecho común no es pues el producto de lo que se quiera aceptar o se admita ejecutar. Debe ser más bien, como ya se ha adelantado en otro apartado de este mismo texto, el producto de consensos interpretativos mínimos, sin desconocer quien cuenta con la atribución de dar la interpretación vinculante final en cada materia en particular.

Es precisamente en mérito a esto último que la invocación hecha a los principios de Derecho Público en la sentencia en comentario no solamente es incompleta, sino también preocupante. Incompleta, en primer lugar, pues, como bien anotan algunos autores (9), el artículo 27 de la Constitución federal argentina debe leerse de acuerdo con lo señalado en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución, y, sobre todo, con el segundo párrafo de ese inciso, en el cual se consagra la vigencia de un Estado Constitucional y Convencional (el subrayado es mío). La consagración de un Estado Convencional quedaría entonces despojada de sentido y contenido si el plano convencional es desconocido o entendido como un elemento subordinado.

Y es que el diálogo no implica que alguien tenga la razón per se, o que resuelva en función a cómo no solamente entiende sus propias competencias, sino también como se comprenden las atribuciones que son propias de los demás intérpretes involucrados. Menos aún involucra que, en función de ese respetable razonamiento unilateral, un órgano de un Estado en particular se irrogue tener la última palabra en lo referido a la tutela convencional de diversos derechos. Aquello, sensiblemente, nada tiene que ver con la generación de un Derecho común inspirado en una lógica tuitiva de los derechos ciudadanos, que es precisamente a lo que todo juez(a) constitucional (sin importar si es parte de la judicatura ordinaria o de un Tribunal Constitucional) debería apuntar, máxime si tomamos en cuenta el actual contexto mundial en general, y latinoamericano en particular, salvo mejor parecer.

4. LO OCURRIDO EN EL PERÚ: DEL RECONOIMIENTO DE LAS NORMAS Y PRONUNCIAMIENTOS CONVENCIONALES SOBRE DERECHOS A LA PUERTA ABIERTA PARA DESACATARLOS

4.1 De un avance inicial a los riesgos planteados por el “Nuevo Código Procesal Constitucional” de 2022

Lo sucedido en el caso peruano es realmente digno de ser analizado. Como bien se sabe, la convencionalización del Derecho, y, especialmente, la de los derechos, implica la aplicación de los parámetros convencionales (normativa, y jurisprudencia, donde la hubiera), e incluso de lo previsto como *ius cogens*. Todo ello sin importar si se trata de un pronunciamiento expresamente dirigido a un Estado en particular; una decisión cuyos criterios nos obligan por haber habilitado la competencia de un Tribunal que decide como debe interpretarse un tratado suscrito por el Estado en cuestión; la ineludible aplicación de una norma con carácter de *ius cogens*; o el cumplimiento de un tratado suscrito por un Estado en su propio quehacer soberano.

En el Perú, la Constitución de 1979, en su artículo 105, reconocía rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos. Uno de los debates que se daba en esa época era el de la relación entre normativa interna y tratado suscrito por el Estado peruano, aunque no fuese sobre Derechos Humanos. De acuerdo con la normativa entonces vigente, los tratados suscritos y ratificados por el Perú que no tuviesen como materia la protección de Derechos Humanos tenían rango legal, y la dificultad de comprender sus alcances se daba si había conflicto entre lo recogido en el tratado que no era referido a Derechos Humanos y lo prescrito en la normativa peruana ya existente, máxime si dicha normativa peruana tenía rango constitucional. La asunción de una postura monista y la suscripción del Convenio de Viena parecían llevar a una respuesta, pero ello en los hechos no se plasmó con claridad.

Lo que si se aplicaron directamente por algunos jueces penales fueron, incluso antes del formal reconocimiento de la convencionalización del Derecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1996 con “Almonacid Arellano contra Chile” (aunque con varios antecedentes previos como los votos singulares del entonces juez de la Corte Sergio García Ramírez en los casos “Myrna Mack Chang contra Guatemala”(2003), “Tibi versus Ecuador” (2004) o “López Álvarez contra Honduras” (2006); e incluso en fallos anteriores se habían adelantado criterios similares en casos como “Suárez Rosero contra Ecuador”, “Trujillo Oroza contra Bolivia”, “Barrios Altos contra Perú”, “Palamara Iribarne contra Chile”, “Castillo Petrucci contra Perú”, o “Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú”), dos opiniones consultivas de la Corte Interamericana sobre la aplicación de los *habeas corpus* durante la vigencia de algún Estado de Excepción.

Aquello llevó que en la Carta peruana de 1993 se recogiera la posibilidad de evaluar judicialmente la razonabilidad y la proporcionalidad de medidas concretas tomadas al amparo de un estado de excepción vigente (debe tenerse en cuenta que, en este reconocimiento, hecho en una dinámica de contralor parcial, no se permitía la evaluación de la declaratoria de un Estado de Excepción; y, además, no se explicitaban como criterios a analizar a los de temporalidad y necesidad).

Ahora bien, la Carta de 1993 no incluía una disposición como la del artículo 105 de la Constitución peruana de 1979. Es la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional del Perú la que, en diversos casos, siendo el primero el del Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura (la escuela destinada a capacitar a quienes juzgan dentro del Poder Judicial o judicatura ordinaria del Perú, a los y las fiscales del Ministerio Público peruano, y a preparar a las personas que buscan ser jueces(zas) y fiscales en mi país), plantea dos aspectos centrales: el de reconocerle rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos, y el referido a considerar que el control de convencionalidad estaba recogido dentro del control de constitucionalidad. Dicho en otras palabras, la interpretación de la Constitución siempre tenía que ser la de una Constitución convencionalizada, como en reiteradas ocasiones han anotado maestros de la talla de Néstor Pedro Sagüés, por solamente citar un ejemplo.

De esta toma de posición se derivaron muchas otras. En primer lugar, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial peruano comenzaron a aplicar los criterios establecidos en una serie de sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, tenemos que lo señalado por la Corte sobre materia electoral en “Yatama versus Nicaragua” se ve reflejado en casos como “Espino Espino”, “Lizana Puelles” o “Castillo Chirinos”. De otro lado, la comprensión de las leyes de amnistía (o autoamnistía), planteado en los casos de la Corte “Barrios Altos contra Perú” y “La Cantuta contra Perú” se ve reflejado en lo resuelto, por ejemplo, en “Salazar Monroe”. Lo propuesto por la Corte sobre plazo razonable, a su vez reflejo de lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, se aprecia en “Arce Paúcar”.

Además, lo planteado en “Tribunal Constitucional contra Perú” inspira lo resuelto en “Tineo Cabrera”. Lo señalado por la Corte acerca de leyes aprobadas por referéndum se encuentra en el caso “Fonavi”. Lo prescrito a nivel convencional sobre ejecución de resoluciones judiciales, a su vez, se encuentra en “Sindicato de Trabajadores Municipales del Rímac” Y así, un largo etcétera.

De otro lado, si bien gracias a Gelman versus Uruguay, la Corte Interamericana dijo que toda autoridad (y no solamente las jurisdiccionales) tenía que hacer una interpretación de la normativa existente conforme a parámetros convencionales, aunque el control de convencionalidad propiamente dicho, entendido como la inaplicación de aquellas normas contrarias al plano convencional, solamente está reservado a entidades con competencias jurisdiccionales (ver caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú”(2006)), se comenzó a dar una comprensión del ordenamiento jurídico en general más cercano a lo establecido convencionalmente, y no solamente a nivel del sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino también de lo prescrito por el sistema universal. Ello, que comenzó a darse desde inicios del siglo veintiuno, felizmente se contradecía con lo establecido anteriormente, donde el Perú, en la década de los ochenta del siglo veinte fue, durante tres años, el Estado con más detenidos-desaparecidos del mundo; y en las dos últimas décadas del siglo veinte fue el país con más condenas ante la Corte Interamericana y más recomendaciones de la Comisión Interamericana. Las

vulneraciones del parámetro convencional no desaparecieron, aunque, en proporción a lo anterior, disminuyeron ostensiblemente.

Además, y como de una alguna manera se adelantó anteriormente, la interpretación conforme a la Constitución y el parámetro convencional no se limitó al respeto de la normativa y jurisprudencia del sistema interamericano, sino también abarcó a normativa y pronunciamientos de organismos pertenecientes al denominado sistema universal de Derechos Humanos. Además, nuestro primer Código Procesal Constitucional establecía en su Título Preliminar que no solamente era obligatorio para el Estado peruano el cumplimiento de las normas convencionales de Derechos Humanos suscritas por el Perú, sino también los pronunciamientos de quienes cuentan con una interpretación vinculante de dichos tratados.

Ahora bien, no todo fue un lecho de rosas: el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana emitidas contra el Estado peruano por acontecimientos en las décadas de los ochenta y noventa del siglo veinte siguió siendo bajo, máxime si se toma en cuenta a las reparaciones integrales que acompañan a las sentencias de la Corte Interamericana. De otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en Europa, no existe en América Latina una verdadera garantía de ejecución de los tratados de integración (económica). La convencionalización del Derecho es aquí básicamente entendida como una convencionalización de los derechos. Finalmente, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional del Perú, se emitieron sentencias que decían aplicar pronunciamientos y normativa convencional, cuando en los hechos se hacía todo lo contrario (ver al respecto el caso “Panamericana Televisión”, con sentencia emitida dictada en una composición a la de esa Alta Corte que me tocó integrar, y que la configuración del Tribunal a la cual pertenezco no pudo revertir).

Sin embargo, recientes pronunciamientos nos hacen pensar que todo lo avanzado en el Perú (sobre todo para cubrir las deficiencias en el tratamiento de varios derechos en el texto de la Carta peruana de 1993) viene siendo puesto en entredicho.

Muy preocupante al respecto es el texto del denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional”, aprobado el año 2022, que suprime la referencia del antiguo Código al cumplimiento de los fallos emitidos por tribunales con interpretación vinculante de los tratados sobre Derechos Humanos, e incluye más bien en el párrafo final del artículo VIII de su título preliminar una disposición que deja en manos de jueces y juezas (sean del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional), la posibilidad de que, en caso de exista un conflicto, quien juzga pueda unilateralmente (y con desconocimiento absoluto del respeto al principio “kompetenz-kompetenz”, o de la búsqueda de consensos básicos mínimos) escoger entre la norma estatal o la convencional, inclinando su opinión por la que considere más tuitiva.

Esto genera, a todas luces, el riesgo de romper con la aplicación del control de convencionalidad en el Perú, pues permite dejar de lado la pauta convencional. Alguien podría alegar que en algún caso lo previsto a nivel convencional genere

un menor margen de tutela, pero el problema es que con esa interpretación se deja en manos de una decisión unilateral, la cual solamente puede revertirse agotando las vías internas en el caso peruano (o alegando y acreditando que esas vías no son idóneas), yendo a la Comisión Interamericana y convenciendo a la Comisión que lleve el caso a la Corte (ningún Estado ha ejercido su competencia contenciosa contra otro Estado que haya habilitado la emisión de pronunciamientos en su contra por la Corte Interamericana). Esta opción no es, como bien puede apreciarse, ni rápida ni sencilla de conseguir.

Pero este no es el único reparo que puede hacerse al respecto, aunque de primera impresión pueda aparecer como el más notorio. El artículo VII del Título Preliminar de la norma en comento también trae sus problemas. Allí se dice que jueces y juezas deben interpretar las leyes, normas de rango legal y reglamentos según los principios y preceptos constitucionales conforme a las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional peruano, tribunal que, me permito anotar, ya había dicho en reiterada jurisprudencia que el control de constitucionalidad debe encerrar un control de convencionalidad (dicho con otras palabras, la interpretación de la Constitución debe ser en clave de una Constitución convencionalizada).

La pregunta a efectuarse aquí está vinculada a que es lo que ocurre cuando, en una clara rebeldía de quien legisla, se sobrepone una ley a jurisprudencia, e incluso a precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional peruano (el cual, como ya se ha dicho en este mismo texto, entiende que el control de constitucionalidad encierra al control de convencionalidad). Es más, el mismo Código Procesal Constitucional del Perú de 2022 tiene varios artículos contrarios a lo prescrito en precedentes establecidos en su momento por el Tribunal Constitucional de mi país (“Vásquez Romero”, por ejemplo).

Y es que la relación ley-precedente constitucional (nombre que se otorga en el caso peruano a los precedentes establecidos por su Tribunal Constitucional) no se entiende de manera clara en el Perú. Si bien los pronunciamientos jurisdiccionales (del Poder Judicial o judicatura ordinaria, así como del Tribunal Constitucional) son *secundum legem*, lo son en tanto y en cuanto quien legisla es el intérprete ordinario de la Constitución. Es el Tribunal Constitucional peruano el intérprete final vinculante de cierre de la Constitución, así como es la Corte Interamericana quien hace la interpretación vinculante de cierre de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo menos en los Estados que en decisión soberana aceptaron su competencia.

Debe además tomarse en cuenta que, si bien cabe discrepar, distinguirse e incluso apartarse de manera razonada de un pronunciamiento que tenga carácter de precedente, los pronunciamientos de esa naturaleza buscan tener más vinculatoriedad, si cabe el término. En caso de conflicto interpretativo, valga la redundancia, entre intérpretes vinculantes de la Constitución, debería siempre primar la posición asumida por el intérprete vinculante de cierre de dicha Constitución, que en el caso peruano es su Tribunal Constitucional, máxime si ese pronunciamiento fue emitido con carácter de precedente. Similar afirmación

puede hacerse en el escenario convencional, y más propiamente en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: en caso de pluralidad de intérpretes vinculantes del Pacto de San José, la interpretación vinculante de cierre del parámetro establecido en base ese tratado es la que realice la Corte Interamericana, al menos en los Estados que han admitido su competencia.

Ahora bien, y haciendo una aproximación a lo recogido en el Código Procesal Constitucional de 2022, el artículo IX de su Título Preliminar señala que en caso de vacío o defecto de esta norma (en rigor, de ese conjunto de disposiciones que a su vez contiene diversos sentidos normativos) se aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Conviene acotar que en ese artículo IX no se establece una prelación sobre a cuál jurisprudencia acudir. La pregunta es entonces si el Tribunal Constitucional del Perú emite jurisprudencia contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Entiendo que la situación no será sencilla para quienes son jueces y juezas de la judicatura ordinaria peruana, pero creo que la respuesta es finalmente clara al respecto: donde hay jurisprudencia de la Corte Interamericana en materias abordadas por la Convención Americana, o se desprenden de lo allí planteado, la jurisprudencia a aplicar es la de la Corte Interamericana.

Una última atinencia al respecto está vinculada a que el cuestionamiento a la constitucionalidad del “Nuevo Código...” no alcanzó los votos suficientes para ser declarado fundado por el Tribunal Constitucional del Perú. Ahora bien, la presunción de constitucionalidad que podría alegarse, en rigor debería quebrarse si, como ha dicho el mismo Tribunal, la comprensión de la Constitución es una convencionalizada, y en un escenario donde el control de constitucionalidad siempre encierra un control de convencionalidad. Ahora bien, el escenario peruano actual es bastante más grave: en el caso “Alberto Fujimori Fujimori”, el Tribunal Constitucional del Perú va abiertamente en contra de lo que ya había resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto. Pasaré entonces a describir lo ocurrido, para luego señalar cuál es la postura que asumo sobre el particular.

4.2 La posición asumida por el Tribunal Constitucional del Perú en el caso “Alberto Fujimori Fujimori” y sus repercusiones.

Lo que se consigna en esta parte del presente texto se redacta en un contexto complejo y cambiante, donde las variables existentes pueden modificarse con facilidad. Al momento de la redacción del presente trabajo, la Corte interamericana se había instalado en pleno virtual para ver diversos asuntos que, según señalaba el comunicado difundido por su Secretaría General, estaban vinculados a la interpretación de sentencias, medidas provisionales o provisorias, y supervisión de cumplimiento de sentencias que se encuentran bajo su conocimiento. No se ha dado a conocer si continúan las reuniones virtuales. Tampoco han trascendido los acuerdos a los cuales se ha llegado. Esta convocatoria es inusitada en la práctica de este Alto Tribunal.

Lo regular es que se espere a las sesiones ordinarias del pleno, debiendo ser la próxima sesión de dicho pleno en marzo del año 2024. En el interín, si debe tomarse una decisión urgente, el pleno habilita a quien preside la Corte a tomar medidas provisionales o provisorias, previa consulta a los otros integrantes de la Corte. La última medida provisoria que ha dado la Corte Interamericana, medida con carácter vinculante, fue declarando la nulidad de la resolución del Tribunal Constitucional peruano excarcelando al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, decisión que, como ya ha dicho la Corte en dos ocasiones, no respeta lo que ese Alto Tribunal resolvió en los casos “Barrios Altos contra Perú” y “Cantuta contra Perú”, y en las resoluciones de cumplimiento y seguimiento de esas sentencias, que tienen también valor vinculante.

¿Qué puede estar haciendo la Corte Interamericana al respecto? Desde mi experiencia como perito por la Comisión ante la Corte, creo que uno de los temas que debe haberse o estarse discutiendo en esta sesión virtual es el del pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano. Puede no tomar más acciones que las que ya emitió. Puede iniciar un procedimiento de supervisión especial para el caso concreto peruano. Ese procedimiento de supervisión podría incluir una visita al Perú (visita in loco). De acuerdo con las pautas ya aceptadas por el Estado peruano, no cabe rechazar esa visita. Eso nos pondría en una situación de mayor rechazo internacional, con todas las consecuencias que aquello acarrea.

Y es que resulta claro que Fujimori Fujimori sigue siendo un personaje controvertido. Lo cierto es que iba a una conferencia de Brunei, y se fue al Japón, desde donde renunció a la presidencia de la República por fax. Intentó candidatear como senador en el Japón y perdió

Luego, trató de acercarse al Perú y no desde Japón a Chile. Allí, como existen convenios de extradición entre Perú y Chile, comenzaron a hacerse llegar procesos en su contra en los siete casos habilitados (de doce) por la Corte Suprema chilena. Por ello Fujimori fue condenado en varios casos. Dos de ellos trataban sobre graves violaciones de derechos humanos: “Barrios Altos” y “La Cantuta”.

Barrios Altos es el nombre que se le da a una zona cerca de la plaza mayor de Lima. Allí los paramilitares del grupo “Colina” . el 3 de noviembre de 1991, asesinaron a quince personas y dejaron cuatro heridos de gravedad. La Cantuta es e nombre de un barrio en las afueras de Lima, donde se encuentra una universidad que se dedica a formar profesores y profesoras a nivel básicamente escolar. A los dormitorios que tiene dicha universidad ingresaron los paramilitares del grupo Colina. De allí a nueve estudiantes y a un profesor, los obligaron a cavar y luego los ejecutaron mediante disparos, en la madrugada del 18 de julio de 1992. El fallo de la corte Interamericana se emite el 29 de noviembre de 2006.

Luego la Corte Suprema peruana, en dos instancias o grados, condena a Fujimori. Entre el 10 de diciembre de 2007 y el 7 de marzo de 2009 se da el pronunciamiento de una sala especial para aforados, compuesta por los

magistrados San Martín, Prado y Príncipe. Se condenó a Fujimori a 25 años de cárcel por delitos de asesinato con alevosía, secuestro agravado y lesiones graves. Se alegó el uso de la “autoría mediata por dominio del hecho” (Fujimori, como jefe de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales, tenía conocimiento de lo que hacía el grupo Colina (hasta los condecoró) y habría ordenado se den estas ejecuciones extrajudiciales).

A Fujimori también se le condena por otros delitos, pero en el Perú el tiempo de la pena se subsume en aquel delito con la mayor pena. La condena en contra de Fujimori fue ratificada en segunda instancia o grado por la primera sala penal transitoria de la Corte Suprema el 3 de enero de 2010.

Fujimori cumple parte de su condena, aunque siempre alegó ser inocente. El 12 de diciembre de 2017 Fujimori solicita un indulto humanitario. En un tiempo muy corto, el entonces presidente de Perú otorga el indulto solicitado el 24 de diciembre de 2017.

La Corte Suprema peruana , el 3 de octubre de 2018, siguiendo criterios reiteradamente establecidos a nivel convencional y nacional, declara nulo el indulto concedido en diciembre de 2017. Señala claramente que el Gobierno peruano de aquel entonces dictó un indulto sin cumplir las condiciones que deben darse para otorgar un indulto humanitario. Por eso ese indulto deviene en nulo.

La familia y los abogados de Fujimori insistieron en su intención de conseguir la excarcelación del expresidente. Finalmente consiguieron eso gracias del Tribunal Constitucional. Éramos en ese momento seis y no siete magistrados quienes componíamos el Tribunal Constitucional del Perú, por el fallecimiento del magistrado Carlos Ramos, a quien no se le había nombrado reemplazante. La votación quedó tres a tres, pero el voto del entonces presidente del Tribunal tuvo carácter decisorio. Yo voté en contra, pues no se habían cumplido con los requisitos objetivamente solicitados para el otorgamiento de un indulto humanitario, y, además, se constataba una clara desobediencia a lo establecido por la Corte interamericana en los casos “Barrios Altos” y “Cantuta”. Justamente en ese momento sesionaba en Santiago de Chile, y veía el seguimiento y cumplimiento de la sentencia “Barrios Altos”. La Corte Interamericana declara nula la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, y Fujimori debe volver a la cárcel.

La familia y el entorno de Fujimori piden que se ejecute la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, desconociendo así lo ya resuelto por la Corte Interamericana. Curiosamente uno de los pedidos de ejecución que se presenta no se coloca en Lima, sino en Ica, región cuya capital se encuentra a unos trescientos de Lima, donde estaba detenido Fujimori. Tanto el juez de primera instancia o grado como una sala en apelación deniegan ese pedido de ejecución. El caso vuelve al Tribunal Constitucional, ahora también con seis miembros, pero ya con otra composición.

En un primer momento, y con cuatro votos de seis posibles, dice que no tiene que aclarar sobre la ejecución de la sentencia del año 2022, así como acerca de que a quien corresponde ejecutar dicha sentencia. Dos magistrados votan en contra, siendo muy claro el voto del magistrado Monteagudo al señalar que estamos ante una sentencia inejecutable, por haber sido declarada nula por la Corte Interamericana.

Debe tenerse presente que ese pronunciamiento de cuatro de seis de los actuales magistrados no hablaba expresamente de excarcelar a Fujimori, sino de asignarle al juez de primera instancia o grado. Por ende, le devuelven los actuados a dicho juzgador la ejecución de la sentencia del año 2022. Sin embargo, aquí ocurren dos cosas:

- La primera se encuentra relacionada a que el actual presidente del Tribunal Constitucional, el magistrado Morales; la actual vicepresidenta, la magistrada Pacheco; y el magistrado Gutiérrez, salen a declarar aquello que en rigor no estaba puesto en su pronunciamiento: que era el juez de Ica quien debía excarcelar a Fujimori.
- La segunda está vinculada a lo que explícitamente señala el juez de Ica. Que en estricta aplicación de lo hoy previsto en el artículo 27 del autodenominado “Nuevo Código Procesal Constitucional”, de fines de 2022 (norma de naturaleza procesal, y por ende, de aplicación inmediata), es el órgano jurisdiccional que emitió una sentencia quien tiene que hacerla ejecutar.

El Tribunal Constitucional peruano recibe el expediente devuelto desde Ica El cinco de diciembre de 2023, los magistrados Morales, Pacheco y Gutiérrez señalan lo siguiente.

- Que la Corte interamericana no tiene competencia para ver este caso. Con todo respeto, un tremendo error. Ya existían pronunciamientos de la Corte Interamericana disponiendo que no se puede cumplir la sentencia del Tribunal. Y es que en base al principio kompetenz-kompetenz (quien es el órgano u organismo competente para definir una situación de conflicto o de incertidumbre con relevancia jurídica es quien debe dar el pronunciamiento final y vinculante al respecto). Ante ello debe decirse que si ya hay un pronunciamiento de la Corte Interamericana estableciendo que una sentencia del Tribunal constitucional peruano de 2022 es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, solamente es la misma Corte interamericana la que podría dejar de lado su pronunciamiento, pronunciamiento que no puede ser desconocido o modificado por otra entidad más. Señalar que aquí la Corte no tiene competencia es incumplir con las obligaciones, voluntariamente asumidas por el Estado peruano, de respetar y ejecutar las sentencias de la Corte, incluyendo a las sentencias provisorias o provisionales, así como a las que emitan

haciendo seguimiento de lo ya resuelto por el Alto Tribunal supranacional. Y es que para apartarse de lo establecido por la Corte no cabe un pronunciamiento unilateral del Estado peruano. Se debe seguir un procedimiento para poder desentenderse de los fallos de la Corte Interamericana recién al año de concluido satisfactoriamente el procedimiento al cual acabo de hacer mención.

- El Tribunal reconoce expresamente que no coincide con la posición de la Corte, y que ello debe ser informado a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Ante ello, los familiares de las víctimas de “Barrios Altos” y “La cantuta” recurren, como les corresponde, a la Corte, para que así la Corte Interamericana proceda a hacer cumplir su sentencia hoy vulnerada.

Como la Corte en pleno no está sesionando, la normativa vigente le permite al actual presidente de la Corte interamericana de Derechos Humanos, luego de coordinar con sus colegas, emitir medidas provisorias o provisionales. Eso es justamente lo que hace quien hoy es presidente de la Corte, quien le indica al Estado peruano que debe respetar las competencias de ese Alto tribunal, y, por ende, no puede excarcelarse al expresidente Fujimori.

- El Tribunal Constitucional peruano, finalmente, ordena que se deje a Fujimori en libertad al día siguiente a la emisión de su sentencia. El actual Gobierno del Perú , a través de una entidad administrativa a su cargo (el Instituto Nacional Penitenciario), libera a Fujimori “ en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú”.

Las consecuencias de lo resuelto por el Tribunal son graves, y pueden comenzar a tener efectos prácticamente de inmediato. En primer lugar, la Corte Interamericana, con el apoyo expreso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, insiste en su posición: Fujimori solamente ser debidamente excarcelado si cumple con las condiciones para que se le pueda otorgar un indulto humanitario. Como lógica consecuencia del incumplimiento de lo ya resuelto por la Corte, en un contexto donde a nivel global se exige respeto a la institucionalidad y a los derechos, se genera un descrédito de la actuación del Estado peruano, justo cuando la economía del Perú está en recesión, y existen serios problemas como, por solamente mencionar algunos ejemplos, los vinculados al cambio climático o a la inseguridad ciudadana.

Además, no debe olvidarse que Fujimori ya está siendo procesado por los casos “Pativilca”(asesinato de un grupo de personas en una localidad a unos doscientos kilómetros de Lima) y “esterilizaciones forzadas”. En estos casos los cuadernos de extradición desde Chile fueron concedidos mucho tiempo después de la habilitación de los siete primeros. Es más, ya en el caso “Pativilca” se ha pedido detención domiciliaria para el expresidente Fujimori. Como podrá suponerse luego de leer todo este texto, discrepo respetuosa,

pero muy drásticamente, con lo resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú, y las actuaciones que han tenido diversas reparticiones estatales peruanas al amparo de la sentencia emitida por dicho Tribunal.

5. BREVES APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la desconfianza (en América Latina tradicional, cuando no endémica) en la labor de jueces y juezas, y existiendo precisamente un contexto difícil a nivel mundial y latinoamericano al respecto, las ventajas de la convencionalización del Derecho son a todas luces ostensibles. En este escenario, el papel de los jueces y las juezas constitucionales (integrantes del Poder Judicial, de Tribunales Constitucionales, o de Altas Cortes que además asumen labores de Tribunales Constitucionales) adquiere gran relevancia.

Y es que son estos jueces y juezas quienes muchas veces aplican las sentencias de tribunales que interpretan de manera vinculante el parámetro convencional, sancionando a su Estado en particular. Son ellos los que deben promover la plena vigencia de los criterios establecidos por tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales no necesariamente tienen la mejor interpretación, pero son quienes cuentan con la interpretación vinculante final o de cierre del parámetro convencional. Son también estos juzgadores los llamados a preferir la aplicación de la norma convencional frente a la norma interna (aunque no de manera mecánica, sino procurando la generación de consensos mínimos). Incluso son los llamados a garantizar la vigencia no solamente de las normas recogidas en los tratados suscritos y ratificados por su Estado, sino también deben asegurar la aplicación de las normas con carácter de *ius cogens*.

Ahora bien, esta convencionalización tiene (y seguramente tendrá) que hacer frente a una serie de retos y riesgos. El pronunciamiento de la Corte Suprema argentina a propósito de “Fontevicchia y D’Amico”, lo previsto en el autodenominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” peruano, o la reciente resolución emitida por el Tribunal Constitucional del Perú en el caso “Alberto Fujimori Fujimori” nos demuestran cuáles son algunos de estos retos y riesgos, presentados algunos de ellos bajo nuevas justificaciones.

Bienvenido entonces el análisis crítico, e incluso la discrepancia, materia que analizaré con más detalle en otros trabajos. Ahora bien, creo que este caso corresponde discrepar respetuosamente con lo señalado en su momento por la mayor parte de los jueces supremos argentinos, o más recientemente por el Congreso y la actual composición del Tribunal Constitucional peruano, e ir más en esa lógica de generación de consensos mínimos, buscando resolver algunas eventuales imprecisiones existentes (alcances de la convencionalización; configuración del escenario de diálogo; pautas de nombramiento, promoción y salida de los juzgadores(as) nacionales y supranacionales) vinculadas a esta materia. Lo ya obtenido gracias a la convencionalización del Derecho y de los

derechos, así como la relevancia de los objetivos que se apunta conseguir así lo reclaman, por lo menos en nuestro escenario latinoamericano.

NOTAS

- (1) Nombre que se otorga a posturas como las acogidas en su momento por Schumpeter, las cuales el antecedente de posturas como las de la escuela del "Public Choice", hoy predominantemente en la Ciencia Política norteamericana. Una estupenda explicación de los alcances y consecuencias de este elitismo excluyente lo encontramos en SALAZAR UGARTE, Pedro – Política y Derecho (Derecho y Garantías). Cinco ensayos latinoamericanos. México, Fontamara, 2013, p. 34 y ss.
- (2) Y es que en América Latina, más no solamente allí, se ha tenido y se tiene manifestaciones del populismo que puedan ser definidas de "derecha" (invocan representatividad popular adscrita a perspectivas de fortalecimiento del status quo ante) o de "izquierda" (se reivindica un cambio del status del quo ante y de las correlaciones del poder desde una perspectiva que se reclama progresista pero que, o mantiene la misma concentración del poder; o la pasa al control de otras manos pero, en el fondo, bajo las mismas prácticas).
- (3) Una explicación sobre los importantes avances alcanzados al respecto se encuentra en varios de nuestros trabajos. Destaco aquí "Reflexiones sobre la convencionalización del Derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana". En: Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, año XXI, 2015, p.87 y ss. Este tema también está desarrollado en "Cuando el juez constitucional latinoamericano olvida su labor de Convencionalización del Derecho: reflexiones en torno a una reciente sentenciade la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina" En. Ius Et Veritas N. 54 Lima. PUCP, 2017. P.150 y ss.; o en "Derecho y Debate N° 27" Lima, diciembre de 2016 (ver al respecto www.derechoydebate.com).

Finalmente, nuestra crítica a la comprensión que se ha hecho sobre el margen de apreciación estatal la encontramos, entre otros trabajos, en "Convencionalización del Derecho: Avances y retos". En: Materiales de la Academia de la Magistratura. Lima, Academia de la Magistratura, 2016; y en "Cuando el juez constitucional latinoamericano olvida su labor de Convencionalización del Derecho: reflexiones en torno a una reciente sentenciade la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina" En. Ius Et Veritas N. 54 Lima. PUCP, 2017. Op.cit.

- (4) En este sentido conviene revisar el importante trabajo de ATIENZA, Manuel- "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". En: Isonomía N° 6. México, ITAM, 1997.
- (5) Recomiendo ver al respecto VALADÉS, Diego – “La garantía política como principio constitucional”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 132. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Septiembre-diciembre 2011, p. 1259-1291.
- (6) Ver al respecto, PIZZOLO, Calógero- “Ser "intérprete supremo" en una comunidad de intérpretes finales". En: la Ley Buenos Aires, Febrero 2017. Año LXXXI N° 39, tomo La Ley 2017-A.
- (7) En este mismo sentido, PIZZOLO - Op.Cit.
- (8) Sobre el particular, PIZZOLO - Op.Cit., Loc.cit.
- (9) En este sentido destaca nítidamente lo trabajado por GIL DOMINGUEZ, Andrés. “La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos”. En: <http://underconstitucional.blogspot.pe/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.htm>.