

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Y APLICACIÓN DIRECTA DE
LOS TRATADOS SOBRE
DERECHOS HUMANOS

ENRIQUE PESTANA URIBE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Y APLICACIÓN DIRECTA DE
LOS TRATADOS SOBRE
DERECHOS HUMANOS

PALESTRA EDITORES

LIMA — 2025

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y APLICACIÓN DIRECTA DE
LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Enrique Pestana Uribe

Primera edición, mayo 2025

© 2025: ENRIQUE PESTANA URIBE

© 2025: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

ENOTRIA S. A.

Av. Nicolás Ayllón 2890, Ate, Lima

Mayo, 2025

Cuidado de estilo y edición:

JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Diagramación:

ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2025-
ISBN: 978-612-325-

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL *COPYRIGHT*.

Con amor eterno al recuerdo
y la memoria de Mariella, mi esposa,
y al impulso inspirador de Sandra y Sophia.

CONTENIDO

LIMINAR	13
---------------	----

INTRODUCCIÓN	17
--------------------	----

Capítulo I

LOS TRATADOS EN GENERAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	23
---	----

1. Ubicación y concepto del derecho internacional público	23
2. Funciones del derecho internacional público	27
3. Los sujetos del derecho internacional.....	29
4. Los tratados: concepto y clasificación	31
5. Efectos e interpretación de los tratados sobre derechos humanos	35
6. Diferencias entre instrumentos declarativos e instrumentos convencionales	39
7. Los tratados sobre derechos humanos	41

8. La responsabilidad internacional de los Estados
en el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos44

Capítulo II

LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....49

1. El sistema interamericano de protección
de los derechos humanos: origen, sustento normativo
y mecanismos.....49
2. El sistema europeo de protección de los derechos humanos:
origen y funcionamiento 53
3. Concepto y noción de control de convencionalidad56
4. Variantes y sustento jurídico
del control de convencionalidad58
5. Evolución histórica del control de convencionalidad
en el sistema interamericano.....63
6. El control de convencionalidad en el sistema europeo
de protección de los derechos humanos.....68
7. Diferencias entre control de constitucionalidad
y control de convencionalidad.....72
8. El control concentrado de convencionalidad74
9. El control difuso de convencionalidad.....77
10. Los llamados a ejercer el control de convencionalidad82
11. El bloque de convencionalidad y los parámetros
a tener en consideración para ejercer el control
de convencionalidad.....85

12. La fuerza vinculante de las sentencias y opiniones
consultivas de las cortes y tribunales supranacionales.....89

Capítulo III

LA RECEPCIÓN Y UBICACIÓN JERÁRQUICA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO DE LOS ESTADOS93

1. Las diferencias entre el derecho interno
y el derecho internacional.....93
2. Las fuentes del derecho en los ordenamientos
internacionales96
3. La relación entre el derecho nacional
y el derecho internacional..... 101
4. Modalidades de recepción de los tratados
sobre derechos humanos: monismo y dualismo 103
5. Ubicación y posición jerárquica de los tratados
dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales 105
6. La naturaleza especial de los tratados
sobre derechos humanos..... 108
7. Conflictos entre el derecho nacional
y el derecho internacional y primacía
del derecho convencional 111

Capítulo IV

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN SEDE NACIONAL 115

1. El amparo constitucional como mecanismo
para proteger los derechos fundamentales..... 115

2. La aplicación directa de los derechos contenidos en tratados pero inexistentes en la legislación interna	118
3. Aplicación preferente de la norma convencional en caso de conflicto con la norma interna.....	123
4. Casos en los que los tribunales nacionales han aplicado directamente las normas convencionales	124

Capítulo V

LA FUERZA Y EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES Y LAS TENSIONES CON LAS ALTAS CORTES NACIONALES	129
1. La jurisdicción supranacional	129
2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	130
3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	133
4. Los conflictos y tensiones entre los tribunales supranacionales y las altas cortes nacionales	135
5. El denominado margen de apreciación nacional y el diálogo entre los tribunales supranacionales y las jurisdicciones nacionales.....	137
6. Fuerza vinculante y eficacia de las sentencias de los tribunales y cortes supranacionales y los mecanismos para su ejecución plena.....	145
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA.....	157

CONTENIDO

ANEXOS.....	163
Anexo I. Convencion Americana sobre Derechos Humanos	165
Anexo II. Protocolo Adicional a la Convencion Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”	205
Anexo III. Convenio Europeo de Derechos Humanos	221

LIMINAR

Por razones algo largas de explicar, entre ellas una ausencia del país y complicaciones personales, es que recién me pongo a borrar estas líneas para el espléndido texto que nos ofrece mi buen amigo y colega Enrique Pestana Uribe (nacido en Pisco —tierra de grandes personalidades como Valdelomar y Porras Barrenechea—, en 1968) sobre el tema del control de convencionalidad en la actualidad, teniendo en cuenta el sistema interamericano de derechos humanos y en comparación, en ciertos puntos, con el sistema europeo. El libro, como es normal, se inicia con una presentación del tema en el derecho internacional público y el fenómeno de la recepción en las jurisdicciones nacionales, acompañado de una muy solvente bibliografía, para luego ir desarrollando el tema y su aparición en nuestro ámbito gracias al entonces juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, a quien tuve la suerte de conocer y tratar largamente en México y que ha fallecido en fecha reciente. Se desarrollan igualmente aspectos como la ubicación de los tratados internacionales, su aplicación en el ámbito interno y la eficacia de las sentencias de los tribunales supranacionales. La obra se acompaña de diversos apéndices documentales de gran valor y evidente utilidad.

El texto, por cierto, es fiel reflejo de la trayectoria académica del autor. Hizo sus estudios y se graduó de abogado en 1991 en la Universidad San Martín de Porres, con estudios posteriores en diversos centros de cultura universitaria y en especial en la Universidad de Valencia (España) en donde obtuvo el grado de máster, de lo cual es expresión básica la presente obra. Docente reiterado y constante (en la Universidad José Faustino Sánchez Carrión de Huacho, donde fue director hasta en tres oportunidades de su Escuela de Derecho) y en otros centros más, en especial en la Academia de la Magistratura desde el año 2000 hasta la actualidad, ha mostrado desde siempre, una innegable pasión docente. Al margen de ensayos sueltos, creo que este es, en puridad, lo primero que publica en forma de libro y nos congratulamos por ello. Y esperamos que solo sea el primero de otros que vendrán después.

Como consecuencia de haber sido presentado este texto ante un público extranjero, es explicable que existan tan solo referencias tangenciales al caso peruano, en donde lamentablemente se observa un deterioro del sistema interamericano en los últimos años, diría yo desde el 2015 y no solo en relación con el Perú. Recuerdo que en alguna oportunidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamó la atención sobre el proyecto Bambas en vista de los daños ambientales e irreparables que podría tener su ejecución, sin estar noticiado de que a esa época el proyecto aún no se había iniciado (lo hizo mucho después y en medio de serios problemas). A lo que se debe agregar en época reciente, la tenaz oposición al indulto de Fujimori, olvidándose de que el indulto es cosa juzgada por mandato constitucional y con el ánimo perverso de verlo morir en la cárcel, cosa que no sucedió. Y otras perlas más que aquí no mencionamos, como cuando enviaron al comisionado Stuardo Ralón (conocido notario en Guatemala) que vino a Lima a comer

ceviche y a hablar sandeces (cf. la entrevista que le hizo La República, el sábado 15 de octubre del 2022).

El panorama era totalmente distinto años atrás, cuando en la Corte y en la Comisión había gente altamente calificada y sin anteojeras ideológicas. No se trata por cierto de salirse del sistema, sino simplemente de ignorarlo y no hacer caso a sus resoluciones, como han hecho varios países de nuestra América.

Otro punto de interés y que por razones de tiempo no ha sido tratado aquí, es el de la Ley N.º 32107 publicada en “El Peruano” el 9 de agosto de 2024 estableciendo que el Estatuto de Roma rige a partir de su aprobación por el Perú, o sea desde julio de 2002 y no antes. Naturalmente, los “defensores” de los derechos humanos saltaron hasta el techo, pues querían que se aplique desde 1980 en adelante, olvidándose alegremente que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 58) estos no se aplican retroactivamente y menos invocando el *ius cogens* que muchos invocan sin saber de qué se trata (esta Convención fue ratificada por Decreto Supremo N.º 029-2000-RE luego de haber sido suscrita por el Perú). Y así sucesivamente podríamos enumerar otros casos de ideologización que muchas veces tiene una compensación monetaria que va directamente al bolsillo de los vocingleros. Estos y otros temas más, pienso yo, quedan pendientes de estudio para otra oportunidad. Y es que, hoy por hoy, el Sistema y la defensa de los derechos humanos ha dejado de ser un apostolado y se ha vuelto un vil negocio.

El tema de los derechos humanos ha sido muy trajinado en el Perú sobre todo por las ONG que viven de ello y no siempre lo hacen en forma minuciosa, seria y sobre todo desinteresada (salvando las excepciones que nunca faltan). En esta oportunidad, este libro nos da los elementos teóricos necesarios para ver bien el problema, con cuidada bibliografía. Y a partir de ello, creo que es posible

ensayar un planteo sobre el Perú, en las actuales circunstancias. Y que cordialmente sugerimos al autor.

Lima, febrero de 2025
Domingo García Belaunde

INTRODUCCIÓN

En el marco de una constante y progresiva evolución de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial, que trajo consigo una fuerte corriente proteccionista de aquellos derechos considerados como los de primera generación, se fueron plasmando una serie de declaraciones internacionales, y luego de ello los primeros tratados y pactos sobre derechos humanos, no solo en el ámbito universal a través de la Organización de las Naciones Unidas, sino también a nivel regional —o si se quiere continental— con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con la particularidad que estos instrumentos internacionales crearon órganos jurisdiccionales con competencia supranacional para proteger aquellos derechos allí consagrados, cosa que no ocurre con los dos grandes pactos internacionales de Naciones Unidas.

El presente trabajo está relacionado al control de convencionalidad en el ámbito de los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como las posibilidades de su aplicación directa por parte de los jueces de la jurisdicción interna, independientemente de que tales derechos se encuentren o no recogidos en las respectivas

constituciones nacionales. Por otra parte, se analiza la incidencia que el derecho convencional en materia de derechos humanos tiene dentro del ordenamiento jurídico de los Estados, siempre desde la perspectiva del derecho internacional público en general y del derecho de los tratados en particular.

Para ello se hace un análisis preliminar respecto al desarrollo doctrinario que el control de convencionalidad ha tenido en los últimos años, no solo en América Latina, sino también en Europa, esencialmente a partir de la creación de los tribunales regionales de derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Igualmente, nuestra investigación comprende la jurisprudencia emanada de las cortes y tribunales supranacionales en lo concerniente a la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos por parte de los jueces nacionales.

Del mismo modo, pretendemos ahondar en el grado de apertura que la jurisdicción interna ha venido mostrando en relación a la aplicación de los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos y de las sentencias pronunciadas por los tribunales supranacionales, más allá de las evidentes tensiones entre las altas cortes y los tribunales internacionales en relación a la prevalencia del derecho convencional sobre el derecho nacional. Esto implica estudiar la aplicación del control concentrado y el control difuso de convencionalidad, dependiendo de la existencia o coexistencia de ambos sistemas en los países signatarios de los referidos tratados.

No menos importante es plasmar a lo largo de este trabajo, la incidencia que la normativa convencional tiene dentro del ordenamiento jurídico, principalmente en relación a la Constitución de cada país, esto con el fin de establecer si la prevalencia del derecho supranacional en materia de derechos humanos sobre la Constitución opera desde la lógica de la jerarquía normativa, o más bien

se trata de la aplicación preferente del derecho convencional, sin afectar ni alterar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico nacional, más aun teniendo en cuenta que existen diversas posturas doctrinarias sobre el particular. Sin embargo, el constitucionalismo moderno ha mostrado un clarísimo avance en relación al tratamiento de las normas convencionales destinadas a la protección de los derechos humanos, de modo que se van despejando las dudas relacionadas con la posición que aquellas tienen dentro del ordenamiento jurídico interno, aunque en gran parte de los países ha sido más bien la jurisdicción nacional la que, a través de su jurisprudencia, ha ido tomando posición en relación a este espinoso tema.

La materia que abordaremos, sin lugar a dudas, es de interés actual y reviste absoluta vigencia, pues los ciudadanos que consideran ser víctimas de la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de los Estados, cada vez con mayor frecuencia optan por recurrir a los tribunales supranacionales en búsqueda de la tan ansiada “justicia”.

Ello ha generado un creciente y notorio activismo por parte de la judicatura internacional, provocando que en algunos casos se generen conflictos o enfrentamientos con las altas cortes nacionales, siempre bajo el pretexto de preservar la soberanía nacional de los Estados. En esencia, lo que se busca a través de estas líneas, es arribar a conclusiones respecto al rol que juega el derecho convencional en defensa de los derechos humanos dentro del concierto de las naciones y su grado de efectividad, más allá de la eventual resistencia que los Estados, ya sea a través de los gobiernos de turno, o de lo que las altas cortes pudiesen oponer.

Cierto es que la temática que nos proponemos abordar no está exenta de polémica desde el punto de vista doctrinario, pues existen posturas dotadas de una marcada carga nacionalista que se oponen fuertemente a cualquier posibilidad de sometimiento de

la jurisdicción nacional a las decisiones de las cortes y tribunales supranacionales; empero, creemos que bien vale la pena adentrarnos a este interesante tema como parte esencial e ineludible del constitucionalismo actual, fundamentalmente desde que el derecho internacional de los derechos humanos fue alcanzando mayor protagonismo. En efecto, con el paso del tiempo, la vía de la jurisdicción supranacional se ha ido abriendo paso para consolidarse cada vez más, cosa que ciertamente era impensable apenas treinta o cuarenta años atrás. Incluso la prevalencia del derecho internacional ha ido tomando cada vez más fuerza en la conciencia jurídica de los operadores de justicia nacionales, que en un inicio lo veían como algo ajeno y sobre todo lejano o distante. Sin embargo, creemos que aún hay mucho por hacer en este campo, puesto que la fuerza expansiva de los derechos humanos depende no solo de la celebración de los acuerdos internacionales que los consagren, sino, sobre todo, de su cumplimiento por parte de los jueces nacionales y supranacionales.

Consideramos que este trabajo de investigación se justifica en la necesidad de identificar el grado de aplicación directa del derecho convencional por parte de la justicia nacional de los Estados signatarios de los tratados sobre derechos humanos, y cómo es que estos instrumentos internacionales son incorporados y ubicados jerárquica y normativamente en el ordenamiento jurídico interno, de tal suerte que podamos arribar a conclusiones respecto a la trascendencia y grado de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, tanto desde una perspectiva doctrinaria como jurisprudencial.

Nuestra hipótesis es que actualmente el derecho convencional ha adquirido una relevante preponderancia en la protección internacional de los derechos humanos, habiendo logrado incorporarse, bien sea de manera directa (monismo), mediante el mecanismo de interpretación conforme, o por vía de remisión, al derecho consti-

tucional de los Estados y que los tratados sobre derechos humanos son de aplicación directa y preferente por parte de los jueces en sede nacional.

Nuestro trabajo se basa en el estudio doctrinario del denominado “control de convencionalidad” y, desde una visión comparada, en establecer cuál es el grado de aplicación directa que tienen los tratados sobre derechos humanos en los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como su incidencia en el ordenamiento interno de los países. Para ello se ha tenido en cuenta, además de la doctrina, la jurisprudencia emanada de los tribunales y cortes supranacionales.

En cualquier caso, el debate relacionado a este tema estará abierto a las distintas posturas imperantes en el ámbito de la doctrina nacional y extranjera, lo que indudablemente contribuirá a enriquecer el estudio del derecho constitucional, especialmente en lo relacionado al derecho internacional de protección de los derechos humanos.

Finalmente, conviene precisar que esta publicación está esencialmente basada en el trabajo de fin de máster presentado y sustentado por el autor ante el Tribunal calificador del Máster en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, España, el mismo que mereció la más alta calificación posible, con la mención de Matrícula de Honor.

Lima, noviembre de 2024