



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**ANALISIS CRITICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE:
FUNDAMENTOS TEORICOS Y PRACTICA JURISPRUDENCIAL**

Memoria de Prueba conducente al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Autores

**ENZA DANIELA ALVARADO PARRA
JULIO ESTEBAN HERRERA QUEZADA**

Profesor guía

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Santiago, Chile

2017

A mi familia, mi madre, padre y Andra, que me acompañan con cariño y paciencia en todos los desafíos que la vida me ha propuesto.

A Vanessa, mi hermana, quien desde los primeros días ha inspirado lo que soy.

A Dante, compañero incesante de cada jornada y fuente inagotable de paz, energía y dicha.

A Julio, por compartir la motivación y el desafío de escribir esta tesis.

Y a todas las niñas que con sus palabras y acciones mantienen intacto el sueño de construir un mundo mejor.

Enza Alvarado Parra

A mi familia, Adriana, Julio y Katherine, por su constante apoyo en todos estos años, y que, pese a la distancia, siempre han sido un pilar fundamental en mi vida.

A mis amigos, que con su aliento me motivaron a no perder las esperanzas pese a lo largo de este camino.

A Enza, que me invitó a realizar esta investigación, y con quien fue un agrado trabajar en esta tesis.

Y, a esas personas que intentan dejar el mundo de cómo lo encontramos, en especial, a esos jóvenes que sábado a sábado alegran mis días y me permiten aportar algo en sus vidas.

Julio Herrera Quezada

INDICE

RESUMEN	VII
INTRODUCCIÓN	1
1 CAPÍTULO I: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN	5
1.1 CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	6
1.1.1 <i>Control de convencionalidad externo e interno</i>	9
1.1.2 <i>Control de constitucionalidad y control de convencionalidad interno</i>	14
1.1.3 <i>Efectos del control de convencionalidad</i>	17
2 CAPÍTULO II: FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE	45
2.1 NORMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	45
2.1.1 <i>Convención Americana de Derechos Humanos</i>	46
2.1.2 <i>Convención de Viena del Derecho de los Tratados</i>	49
2.2 NORMAS EN DEL DERECHO INTERNO	51
2.2.1 <i>Constitución Política de la República</i>	51
2.3 CHILE Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	54
2.3.1 <i>Chile y la CADH: Sobre el proceso de ratificación del instrumento internacional</i>	54
2.3.2 <i>Las condenas de Chile en la Corte IDH</i>	56
2.3.3 <i>Medidas de reparación: Sentencias de reemplazo en casos fallados por la Corte IDH</i>	57
3 CAPÍTULO III: PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	64
3.1 JERARQUÍA NORMATIVA: MÁS ALLÁ DE LAS TEORÍAS MONISTAS Y DUALISTAS.....	64
3.2 PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y SOBERANÍA POPULAR.....	74
3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ESTADO DE DERECHO VERSUS ESTADO JUDICIAL	85

3.4 CERTEZA JURÍDICA Y COHERENCIA INTERNA	88
3.5 APLICACIÓN EN SISTEMAS DE CONTROL CONCENTRADO DE NORMAS	90
3.6 PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE: DESACUERDOS EN TORNO A LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL NACIONAL.	93
3.6.1 <i>Tribunal Constitucional.</i>	93
3.6.2 <i>Corte Suprema</i>	102
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	121
JURISPRUDENCIA.....	130
JURISPRUDENCIA NACIONAL	130
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	131

RESUMEN

La presente tesis realiza un análisis sobre el control de convencionalidad, mecanismo originado de manera expresa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* en el año 2006. Así, se revisa cómo ha surgido esta propuesta en las sentencias del tribunal internacional señalado y cómo se ha extendido en su concepto y efectos, así como también cuáles son los fundamentos que se han relevado para justificar su aplicación, tanto en normas internacionales como en normas específicas del ordenamiento jurídico chileno. El control de convencionalidad surge como un control de compatibilidad entre las normas de derecho interno y las normas convencionales, la interpretación que de éstas realiza la Corte IDH y el *corpus iuris* interamericano. Este control que debe ser cumplido por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y aplicado por todos los jueces y autoridades públicas respecto a los actos y a las normas de cualquier jerarquía puede ser cuestionado desde diversas aristas. De esta forma, continúa el análisis considerando algunos aspectos críticos en su aplicación, tales como los conflictos que surgen en nuestro país con la jerarquía de las normas de tratados internacionales, su tensa relación con la soberanía popular y el principio democrático, las discusiones referentes a la coherencia y al principio de legalidad y qué sucede en nuestro país que regula el control de las normas de forma concentrada. Finaliza esta memoria con el comentario de la práctica jurisprudencial y cómo los puntos críticos que se identifican se traducen en una disímil interpretación de los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional en nuestro país sobre el control de convencionalidad.

INTRODUCCIÓN

Desde la Segunda Guerra Mundial se han transformado algunos de los elementos basales del Estado como institución política de la mano de una mayor preocupación por los derechos individuales y colectivos. Las fuentes de derecho así se han ido complejizando y ya no solo se encuentran en el ámbito interno, sino que debemos considerar la aparición de nuevas estructuras regionales y globales, la transformación de las libertades civiles y políticas y nuevas formas de organización supranacional han significado una profunda revisión de los postulados tradicionales del constitucionalismo moderno y una transformación de la realidad jurídica y política¹. Parte de esos cambios ha sido el desarrollo innegable de los derechos humanos y su protección a nivel regional y global, un acuerdo de lo que entendemos debe ser vida digna para las personas a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos independiente de su sexo, edad, estirpe, condición, raza, religión, nacionalidad y otras condiciones sociales en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección ante el reconocimiento del fracaso del sistema de protección interno de los estados luego de las tragedias de las guerras mundiales.

Estos catálogos o tratados internacionales de derechos humanos tienen la particularidad de establecer ya no obligaciones y derechos recíprocos entre los Estados como ocurre con los tratados internacionales tradicionales, sino que determina obligaciones para los Estados y teniendo como objetivo la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a éstos.² El derecho internacional de los derechos humanos hoy tiene el desafío de poder dar una mayor eficacia y exigibilidad de las garantías que se han establecido

En nuestra región, la ocurrencia de graves violaciones a los derechos humanos en la segunda parte del siglo XX en varios países del continente incentiva el surgimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se “constituye [como] un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos

¹ NUÑEZ, M. Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 N°1, 2004, p. 115-136, p. 115.

² En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revisar Opinión Consultiva OC-2/82 párr. 29.

Humanos³ (en adelante CADH o simplemente Convención Americana), que actualmente vincula a 24 países⁴ con más de quinientos millones de habitantes. En esa misión, se ha establecido un sistema de control de cumplimiento de los estándares convencionales por medio de dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), siendo éste último de relevancia para el presente trabajo dado su carácter jurisdiccional y vinculatoriedad de sus resoluciones.

Los últimos años se han caracterizado por una mayor interacción y diálogo del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno de cada Estado, donde el control de convencionalidad ha sido el protagonista como el mecanismo para obtener la compatibilidad de las normas del ordenamiento interno con las normas que se expresan en la Convención Americana, generando como efecto la obligación de modificar, suprimir o derogar normas o prácticas que no cumplan con el estándar, concepto por lo demás que ha sido desarrollado -y sigue precisándose- por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia principalmente contenciosa.

El origen del control de convencionalidad surgió de los diversos problemas prácticos con los que se encontró el sistema interamericano en la aplicación de la CADH y la efectiva protección de los derechos humanos. El transcurso del tiempo entre el hecho, la sentencia y su cumplimiento efectivo y el relativo cumplimiento de las sentencias por parte del Estado, especialmente por el Poder Legislativo, son algunos de los elementos que llevaron a que la Corte IDH comenzara a desarrollar la tesis del control de convencionalidad⁵. A ello se sumaba la debilidad del sistema en su conjunto, donde las directrices del tribunal internacional involucraban solo a determinados Estados, restando fortaleza al modelo regional. De hecho, hoy podemos encontrar en la desafiante propuesta de un derecho constitucional común latinoamericano la consideración esencial de la existencia de un diálogo constante entre ambos sistemas, a través del control de convencionalidad.

³ NOGUEIRA, H. El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales. En: Nogueira, H. y Aguilar, G. (Coord) *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. 1era. Ed., Santiago de Chile: Editorial Triángulo, 2017, p.11.

⁴ Venezuela y Trinidad y Tobago denunciaron la Convención Americana en los años 2012 y 1998, respectivamente.

⁵ GALDÁMEZ, L. El Amparo Interamericano, En: SILVA, M. y HENRÍQUEZ, M. (Coord.) *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago: Thomson Reuters Chile, 2014, p.315.

Este modelo regional interamericano ha sido comparado con el régimen comunitario europeo, en donde se origina una intercomunicación con el respaldo de un derecho común en el ámbito de la Unión Europea, haciendo que algunos autores hablen de la existencia de un derecho único, un sistema de derechos fusionado⁶, por el cual los jueces locales deben asumir que en las materias que deben revisar según su competencia los estándares de aplicación no serán solo los nacionales, sino que también deberán cuidar no transgredir normas convencionales como fuente vinculante, incluso superior. Sin embargo, la realidad de nuestra región difiere de la europea y el ejercicio del control de convencionalidad sin un análisis racional y responsable de sus implicancias en nuestro país puede llevar a provocar despropósitos en la protección de los derechos fundamentales.

Sin duda que los tratados internacionales han aportado en el ordenamiento interno en una mayor garantía y protección de los derechos humanos, como ha ocurrido, por ejemplo, en las causas judiciales sobre violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar ante la alegada amnistía de 1978 que no tiene aplicación por ser sobre delitos de lesa humanidad, también en la aplicación de la jurisdicción castrense sobre delitos comunes en la que personas civiles eran víctimas y se perseguía la responsabilidad de funcionarios policiales o militares con escasa posibilidad de participar en el proceso⁷, el interés superior del niño en causas de la jurisdicción de tribunales de familia y en materia indígena con el derecho a consulta que durante el último año fue parte del proceso constituyente para una nueva Carta Fundamental⁸. Un mayor fortalecimiento y aplicación es el camino que se debe seguir en cumplimiento de los compromisos adquiridos y de los estándares que se han definido al respecto, pero ello debe ser en concordancia con lo que nuestras normas han dispuesto y en armonía con otros principios que están precisamente para resguardar el Estado de Derecho.

El presente trabajo busca ser un aporte en el debate que se encuentra más encendido que nunca sobre el control de convencionalidad, postulando como tesis que su aplicación en Chile no es pacífica y que en estado actual de la cuestión en nuestro país aún representa

⁶ Entre ellos, Humberto Nogueira a través de la doctrina del bloque constitucional de derechos.

⁷ Ver, por ejemplo, causa Rol N° 2493-2014 del Tribunal Constitucional.

⁸ Este proceso contó con la participación de más de 17 mil representantes y concluyó con la entrega del Informe de Sistematización del Proceso Constituyente Indígena en mayo de 2017. Disponible en <http://www.constituyenteindigena.cl/wp-content/uploads/2017/05/Sistematizacion-Proceso-participativo-constituyente-Indigena2.pdf> [Consulta 30 de agosto de 2017]

problemas y genera diversos inconvenientes que deben ser tomados en cuenta para que en un futuro un mecanismo con tal fuerza sea aplicado sin contravenir otros principios y normas que se han establecido igualmente como garantías de derechos de las personas frente a abusos de poder. Así, el análisis se ordena en tres capítulos.

El primer capítulo sobre el concepto del control de convencionalidad y su evolución en las sucesivas definiciones que ha realizado la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia, considerando cada uno de sus elementos y efectos.

El segundo capítulo analiza el fundamento normativo que se le ha dado al control de convencionalidad, tanto en el derecho internacional como en las normas del ordenamiento jurídico de nuestro país, recogiendo las diversas posturas sobre la interpretación de dichas reglas. Asimismo, se desarrolla el estado de la cuestión en nuestro país, en particular con la recepción del control de convencionalidad luego de las condenas por incumplimiento ante la Corte IDH a Chile.

Para finalizar, el capítulo tercero recopila las diversas críticas que se han realizado a la aplicación del control de convencionalidad y los problemas que genera su ejercicio en nuestro país con diversos principios constitucionales que se han considerado parte importante del resguardo en un Estado de Derecho. Se agrega además el análisis jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional para demostrar que la aplicación práctica del control de convencionalidad no es pacífica y que no existe acuerdo entre los tribunales más importantes de nuestro país sobre cómo debe ser el ejercicio y cuáles deben ser sus efectos.

Se debe advertir que los análisis del presente trabajo se enmarcan en un genuino interés por aportar en el debate y poder fomentar una mayor garantía de la protección de los derechos humanos, esperando que los comentarios que aquí se recogen sirvan en esa dirección.

1 CAPÍTULO I: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

La nueva comunicación que se genera entre las jurisdicciones internas y los tribunales internacionales hace atinente que hablemos hoy de la internacionalización del derecho constitucional, traspasando fronteras que en el constitucionalismo moderno eran más cerradas. El uso de decisiones emanadas de otros tribunales por parte de los jueces como referencia da cuenta de esta tendencia. Como parte de este proceso, en la región de Latinoamérica la Corte IDH a través de su jurisprudencia ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad como parte del control de la eficacia de las normas convencionales sobre derechos humanos, transformando a los jueces locales en vigilantes de los estándares de protección internacionales.

Hoy es innegable que gran parte de los derechos fundamentales que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico de cada Estado y, en nuestro caso particular, en la Constitución Política en el artículo 19, están también recogidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Para Sagüés, ello implica a menudo similitud de contenidos y de respuestas jurídicas, pero también situaciones de conflicto o de confrontación⁹, en un debate que hoy se mantiene con diversas posturas y propuestas de solución. El problema se acentúa cuando la discusión traspasa las obligaciones contenidas en el derecho positivo, ya sea Constitución o tratado internacional, y se establecen mecanismos que son exigidos a los Estados parte y que extiende lo establecido desde un inicio.

En este capítulo revisaremos el concepto de control de convencionalidad, sus alcances y efectos como mecanismo a aplicarse en el ordenamiento jurídico chileno. La revisión ha sido ordenada según los elementos que ya ha definido la Corte Interamericana, haciendo referencia a las sentencias de los casos contenciosos y no contenciosos en los cuales ha tenido oportunidad de desarrollarlo, para de esta forma tener la base necesaria para revisar luego su fundamentación y los problemas en su aplicación.

⁹ SAGÜÉS, N. Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada”, En: NOGUEIRA, H. *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2014, p.15.

1.1 CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En sus orígenes más tímidos, el concepto de control de convencionalidad fue acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia contenciosa desde los casos Myrna Mack Chang y Tibi en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez como una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales, como veremos más adelante, con las disposiciones de derecho interno¹⁰. Dicho mecanismo no es del todo novedoso pues surge del control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos de cada Estado sobre las normas infraconstitucionales, que resulta finalmente en la declaración de inaplicabilidad o la eliminación de la norma inconstitucional del ordenamiento, dependiendo de lo que se haya previsto en particular y como ya mencionamos, del control en el derecho comunitario europeo.

En una construcción paulatina del concepto, la Corte IDH ha ido configurando y extendiendo el alcance del control, atribuyendo obligaciones a los Estados parte del Sistema Interamericano en la interacción que se produce entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que se traduce principalmente en el análisis de compatibilidad que deben realizar los operadores de justicia en el conocimiento de casos concretos.¹¹

Más allá de los deberes que fija la Convención Americana de Derechos Humanos relativos a respetar los derechos de su contenido, garantizarlos sin discriminación alguna y la adecuación de las disposiciones internas para dar efectividad a dicha garantía¹², la Corte ha dispuesto del control de convencionalidad como uno de los instrumentos más significativos de penetración del derecho internacional público sobre el derecho constitucional¹³, buscando influir en los estándares de protección de los derechos humanos en cada Estado.

¹⁰ HITTERS, J. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad” *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009, pp.109-128.

¹¹ NASH, C. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012.

¹² Artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³ SAGÜES, N. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano En: *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*. Berlín: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

En sus primeras aproximaciones, el juez Sergio García en voto concurrente razonado en la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* del año 2003 dio inicio al concepto actual de control de convencionalidad, al señalar que “[p]ara los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”¹⁴

Posteriormente, en el Caso *Tibi vs. Ecuador*, el juez García se refiere nuevamente al control, señalando que, “[e]n cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía¹⁵. A lo que agrega luego que en el sistema interamericano “los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno --que son el puente entre el sistema internacional y el nacional--, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado

¹⁴ Voto concurrente razonado Juez Sergio García. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 27.

¹⁵ Corte IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado Juez Sergio García, párr. 3

despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional.”¹⁶

Dichos argumentos han tenido diferentes reacciones e interpretaciones con sus consecuentes efectos. Por ejemplo, para autores que concuerdan con el control, lo razonado en su momento por el juez García Ramírez y desarrollado luego por la jurisprudencia de la Corte, significaría en definitiva que en el ámbito regional el país debe considerar la jurisprudencia de la Corte IDH como decisiones de un órgano *supranacional* e incorporar los criterios en el ámbito interno¹⁷ en un diálogo interjudicial en donde las decisiones pueden ser controladas, aun cuando sean emitidas por el máximo tribunal de un Estado, en donde la última palabra la tiene el tribunal interamericano¹⁸. Para otros autores en cambio la relación entre los Estados parte y el control de convencionalidad se concibe como un control normativo, cuestionando el hecho de que la Corte por medio de su jurisprudencia asigne a sus propias decisiones y a tratados un rango supraconstitucional sin que sean las propias Constituciones las que le asignen este rol.¹⁹

Otros autores como Humberto Nogueira, defensor del control de convencionalidad, señala que el rol que deben ejercer los jueces y autoridades internas constituye una obligación que toda jurisdicción nacional debe cumplir de buena fe, consecuencia de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos contenidos en la Convención Americana y de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas obligaciones²⁰, todo en una estructura de comunicación transjudicial de carácter vertical, en una especie de vinculación jurídica obligatoria en donde un órgano es superior a otro en virtud del derecho internacional o supranacional²¹. De esta forma, las jurisdicciones nacionales no podrían aplicar las normas propias sin considerar las normas convencionales y la interpretación que de ellas realice la Corte IDH a través de su jurisprudencia.

¹⁶ *Ibíd*em, párr. 6

¹⁷ HITTERS, J. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) En: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009, pp. 114.

¹⁸ NOGUEIRA, H. Dialogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: NOGUEIRA, H. (Coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* Santiago: Librotecnia, 2013, pp. 13-54

¹⁹ En este sentido por ejemplo, Miriam Henríquez y Francisco Zúñiga.

²⁰ NOGUEIRA, H.. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí con las Cortes Internacionales de Derechos* Santiago: Librotecnia., 2012, p. 15.

²¹ *Ibíd*em, p.19-20.

En los apartados que siguen serán expuestos cada uno de sus elementos y efectos y cómo éstos fueron incorporados en la jurisprudencia contenciosa y no contenciosa de la Corte Interamericana ya de manera expresa, evidenciando como ésta fue aumentando sentencia a sentencia la intensidad del control de convencionalidad.

1.1.1 Control de convencionalidad externo e interno

El concepto de control de convencionalidad puede entenderse desde dos ámbitos, en uno interno o nacional y, otro externo o internacional²². En el primero de ellos “es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH”²³, los cuales deben cumplir con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional al dictar sus propios actos”²⁴.

Para Víctor Bazán, este control interno de convencionalidad, “se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a patrones interpretativos que el Tribunal Internacional ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos”²⁵. Es así que los operadores de justicia, y otras autoridades y órganos que están obligados frente al control de convencionalidad, como veremos más adelante, se conectan como intérpretes y aplicadores directos de la CADH, pudiendo incluso en opinión de algunos autores desarrollar una interpretación innovadora, extensiva e inédita. Esta interpretación, además, según el concepto que nos otorga el juez Ferrer MacGregor debe hacerse sobre otros instrumentos además de la CADH “*en el deber de los jueces*

²² NASH, C. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 491.

²³ *Ibíd.*, p. 492.

²⁴ NOGUEIRA, H. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, 2013, pp. 10.

²⁵ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, En: BAZÁN, V. y NASH, C. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad.*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 24.

nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese corpus iuris interamericano.”²⁶

En la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto de control de convencionalidad fue configurado por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, ocasión en que se revisó la compatibilidad del Decreto Ley N° 2191 o Ley de Amnistía, dictada por dicho país sobre los delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, incluyendo crímenes de lesa humanidad cometidos en dictadura, norma que fue declarada incompatible con la CADH por la Corte IDH. Aun así, las obligaciones que componen el control de convencionalidad más allá del puro concepto fueron definiéndose en otras sentencias anteriores y en otros casos no contenciosos: la Opinión Consultiva 14/94 sobre “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” de diciembre de 1994; Caso “La Última Tentación de Cristo vs. Chile de febrero de 2001; Caso *Barrios Altos vs. Perú* de marzo de 2001 y, Caso *Caesar versus Trinidad y Tobago* de marzo de 2005.²⁷

En la sentencia del caso *Almonacid* la Corte IDH señala que el Poder Judicial también se obliga al deber contenido en el artículo 1.1, por lo que “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados [...]”. En lo que nos interesa sobre el control de convencionalidad, la sentencia señala además que:

²⁶ FERRER MAC-GREGOR, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales* 9, n° 2, Santiago, 2011, 562

²⁷ Para un mayor detalle revisar ZÚÑIGA, F. Control de Convencionalidad. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014.

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²⁸

Esta sentencia además es de suma importancia, pues constituye la primera vez que la Corte IDH utiliza el término de “control de convencionalidad” para conceptualizar el rol que deben tener los jueces nacionales de ejercer una revisión siguiendo la CADH y la jurisprudencia del tribunal como parámetro y decidir eliminar los actos que resulten contrarios, de hecho, habla de una *especie* de control, sin que se definan mayores elementos o características de forma expresa. Para Sagüés, desde esta sentencia este nuevo control de convencionalidad “es presentado, sin más, como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exegesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”²⁹

Para Claudio Nash, en dichas líneas se pueden encontrar los primeros elementos centrales del control de convencionalidad³⁰:

- a) Obligación del Poder Judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. En otras palabras, los jueces domésticos debieran velar por que las

²⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de septiembre de 2006, serie C Nº154, párrafo 124.

²⁹ SAGÜÉS, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8 Nº1, Santiago, 2010, p.120.

³⁰ NASH, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XIX, Bogotá, 2013, p.496.

disposiciones de la Convención no se vean perjudicadas en la aplicación concreta de leyes internas que sean contrarias.

- b) Mecanismo que busca la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.³¹
- c) El control debe realizarse entre las normas jurídicas internas aplicadas al caso concreto y las disposiciones de la CADH. Las normas contrarias a la Convención Americana no pueden tener efectos en el ámbito interno, pues serían incompatibles con las obligaciones internacionales.
- d) Para realizar el control de convencionalidad, el juez debe considerar no solo lo dispuesto por la Convención, sino que también lo que ha señalado la Corte IDH en su jurisprudencia.

Posteriormente, el control de convencionalidad interno fue reafirmado en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* en noviembre de 2007, sentencia en la que se determinó la responsabilidad del Estado por la decisión del Comité Judicial del Consejo Privado (máximo tribunal de Barbados) en la aplicación de la pena de muerte en un caso de homicidio en dicho país, limitándose solo a ejercer un control de constitucionalidad sin incluir el derecho convencional en dicho examen para analizar la compatibilidad con los derechos reconocidos en la CADH, señalando que “Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era convencional. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención”.³²

Por otra parte, el control externo o en sede internacional se relaciona con el control que ejerce el órgano internacional (o supranacional para algunos) que corresponde, determinando el cumplimiento de las obligaciones que derivan de un tratado internacional por un Estado determinado. En este aspecto, Ernesto Rey Cantor ha señalado que “*El Control de Convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible*

³¹ El autor habla de un ejercicio hermenéutico.

³² Corte IDH. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, pár. 77 y ss.

*con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados aplicables, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana. O el Estado no ha cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para la cual la Corte en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad”.*³³

Asimismo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ha sostenido que el control de convencionalidad en su ámbito externo “consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José.”³⁴

Los efectos del examen que realiza la Corte IDH se esclarecen en la definición propuesta por Víctor Bazán, quien señala que el control de convencionalidad “consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.”³⁵

En definitiva, este ámbito externo del control de convencionalidad o “concentrado” como lo han denominado algunos autores, constituye el mecanismo que utiliza la Corte IDH, en

³³ REY CANTOR, E. Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”. En *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima, Perú, 2009, p. 768.

³⁴ FERRER MAC-GREGOR. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°2, Santiago, 2011, pp. 531-622.

³⁵ BAZÁN, V. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18:63-104, 2011, p. 68.

sede contenciosa o consultiva, por el cual se determina la compatibilidad del derecho interno o del actuar de las autoridades públicas, en el que se determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y determina la responsabilidad del Estado según corresponda.

En la tesis de Humberto Nogueira, el control de convencionalidad externo “implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente, lo que tiene como fundamento que los derechos esenciales de la persona son parte del bien común regional que es superior al bien común nacional, desde la perspectiva de la estimativa jurídica, lo que obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir los estándares mínimos de los derechos asegurados por la Convención a niveles inferiores de aseguramiento de atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho interno, incluido el texto constitucional.”³⁶

En la práctica, la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad externo en los casos contenciosos concretos que conoce por incumplimiento por parte de un Estado integrante del sistema interamericano de alguna de las garantías de la CADH, en especial las contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, cometido por jueces nacionales, agentes del Poder Judicial o cualquier autoridad pública según la extensión que se le ha dado en las últimas sentencias.

En un concepto único podemos decir entonces que el control de convencionalidad constituye el control de compatibilidad que debe ejercer por una parte los tribunales nacionales y autoridades públicas de cada Estado respecto a las normas de derecho interno que sean contradictorias a la CADH y, por otra parte, la Corte IDH en el sistema interamericano como órgano internacional sobre la actividad de los Estados parte.

1.1.2 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad interno.

Este control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales se suma al control de constitucionalidad que cada ordenamiento contemple de forma interna en el contraste que se debe realizar entre las normas infraconstitucionales con la Carta Magna como máximo

³⁶ NOGUEIRA, H. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: NOGUEIRA, H (Coord.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p.294.

parámetro de seguimiento. Si bien el control de convencionalidad surgió a partir de la estructura del control de constitucionalidad y, a las referencias conjuntas que se realiza por la Corte de ambos mecanismos, cada uno tiene elementos propios que lo diferencian: órgano encargado de ejercer el control, forma en que se realiza, parámetro del control y sus efectos³⁷.

Así, en el razonamiento de la constitucionalista Miriam Henríquez, el control interno de convencionalidad es difuso, concreto, su parámetro de control son tratados de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana, y sus efectos son la anticonvencionalidad de la norma nacional que contradice el *corpus juris* interamericano; mientras que el control de constitucionalidad, en el sistema chileno, es concentrado en el Tribunal Constitucional, abstracto o concreto, cuyo parámetro de control es la Constitución Política, y sus efectos son la inaplicabilidad o invalidación de la norma infraconstitucional que la contradice³⁸.

Dentro de las consideraciones conjuntas que se ha hecho de ambos mecanismos podemos encontrar el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, donde la Corte IDH razonó que dentro de las obligaciones para los Estados parte surgidas en la ratificación de la CADH se contemplan ambos controles normativos como parte del ejercicio del rol de los jueces, de manera que:

*“158. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*³⁹. Esta sentencia es la segunda en la línea temporal de la Corte IDH en emplear el concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia contenciosa, empleando un mayor nivel de

³⁷ HENRÍQUEZ Viñas, M., La polisemia del control de convencionalidad interno, 24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 119.

³⁸ Ídem.

³⁹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, pár. 128.

determinación jurídica en relación con su naturaleza y preceptividad⁴⁰, al referirse derechamente como control y no una “especie” como lo hizo en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, haciendo hincapié en el fin propuesto de proteger el efecto útil de los tratados de derechos humanos.

Dicha obligación fue posteriormente reiterada por la Corte en el caso Boyce y otros vs. Barbados, en el cual especificó para el caso particular que *“El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.”*⁴¹

El juez García Ramírez en una de sus intervenciones como Presidente de la Corte IDH durante el año 2006, mismo año en que se dictó la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile, señaló que: *“La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido -si se me permite emplear un símil- es corte de convencionalidad semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales.”*⁴², lo que evidencia la cercanía de ambos tipos de control desde su concepción.

Si bien en un principio se evidencia la similitud de la definición entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en sus sentencias sucesivas ya se configura el mecanismo interamericano como un control autónomo. En este sentido, los organismos judiciales internos deben al fin de cuentas revisar que las decisiones y actos se ajusten con las convenciones internacionales que hayan sido ratificadas por el Estado en particular, en un

⁴⁰ BAZÁN, Víctor Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18:63-104, 2011, p. 71

⁴¹ Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N°169, p. 78.

⁴² Discurso disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf. Citado por BAZÁN, Víctor. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18:63-104, 2011, p. 70.

mecanismo difuso en donde cada juez o autoridad pública debe cumplir con la comparación entre la CADH y el *corpus iuris* interamericano⁴³.

Sin embargo, en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad, se ha señalado también que en éste se puede ejercer en un mismo acto y se concreta simultáneamente un control de convencionalidad por la integración de derecho que no han sido asegurados por fuente constitucional y que se encuentran en normas convencionales de derecho internacional⁴⁴. En una reciente sentencia del caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentó que el Estado sería responsable por vulneración de derecho de protección judicial por la inexistencia de una Corte Constitucional que tuviera la facultad de hacer la revisión de constitucionalidad, ante lo cual la Corte IDH señala que si bien reconoce la importancia de estos órganos no impone un modelo específico para *realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad*, recordando en este sentido que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁴⁵

En la práctica, más allá de lo señalado por la Corte, ambos controles tienen la misma naturaleza y tienen por objeto contrastar dos normas y la conformidad de una respecto de la otra y tienen el mismo efecto práctico de inaplicar aquella norma que no es compatible con el parámetro controlante, pero son mecanismos diferentes e independientes.

1.1.3 Efectos del control de convencionalidad

Una vez definido el control de convencionalidad es imprescindible entender qué efectos prácticos posee este mecanismo, lo que también ha sido desarrollado de manera paulatina por la Corte IDH. En efecto, si en un principio solo hablaba de una especie de control

⁴³ HITTER, J. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) En: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009, p..124.

⁴⁴ NOGUEIRA, H. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: NOGUEIRA, H (Coord.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p. 312.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124

de convencionalidad, luego en sentencias como Caso Trabajadores Cesados de Congreso y Caso Radilla Pacheco la Corte IDH afianza los primeros límites del mecanismo, para posteriormente ampliarlo considerablemente como sucede en los casos Gelman vs. Uruguay y Atala Riffo vs. Chile.

En este sentido, para el profesor Claudio Nash, en la evolución jurisprudencial del control de convencionalidad podemos identificar cuatro etapas: la primera de ellas con los aspectos generales del mecanismo y los avances en identificarlo como parte de las obligaciones internacionales del Estado y como un ejercicio hermenéutico; en una segunda etapa la Corte avanza en establecer el ejercicio del control de oficio por los jueces nacionales, estableciendo las obligaciones que debe cumplir quien aplica la ley; en una tercera etapa se extiende aún más para incluir no solo a los jueces, sino que otros órganos que realicen funciones jurisdiccionales y, finalmente, una cuarta etapa en que la Corte IDH en su jurisprudencia más reciente incorpora como órgano competente para ejercer el control de convencionalidad a toda autoridad pública.⁴⁶

Cabe mencionar que los efectos del control de convencionalidad han sido demarcados como consecuencia del principio de derecho internacional que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales⁴⁷, misma obligación positivada en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969 que recoge los deberes de buena fe respecto a las obligaciones internacionales, la norma que determina la prohibición de los Estados de oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales y la aplicación preferente de los derechos asegurados como un estándar mínimo. Asimismo, el rol de los jueces y autoridades nacionales al respecto se ha encuadrado en las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y en la interpretación favor persona del artículo 29 de la misma, lo que revisaremos en detalle en el capítulo siguiente.

⁴⁶ NASH, Claudio. Control de convencionalidad. precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 496 y ss.

⁴⁷ NOGUEIRA, H. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: NOGUEIRA, H (Coord.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p.313.

En lo que sigue, revisaremos cómo la Corte IDH ha expandido el control de convencionalidad desde los elementos que conjugan en su aplicación.

1.1.3.1 Objeto y parámetro de aplicación.

En virtud del control de convencionalidad los derechos consagrados en la Convención y otras normas integrantes del *corpus iuris* cumplen con la función de parámetro de respeto y garantía en el ordenamiento jurídico interno, debiendo aplicar de forma preferente aquellas fuentes que emanen de dicho conjunto interamericano cuando éstas protejan de mejor manera los derechos. Se ha definido también como el parámetro de control una especie de *ius commune regional* contenido por las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos que los Estados parte deben asegurar y garantizar en su jurisdicción⁴⁸.

La determinación de cuál es el parámetro de control que se considera en la tesis de la Corte IDH es de suma importancia, no solo porque es la materia básica sobre la cual se debe actuar, sino que también porque la no consideración de este estándar por parte de los órganos estatales genera responsabilidad internacional, como ha ocurrido en los diversos casos del sistema interamericano que hemos revisado a lo largo de esta tesis.

En las primeras sentencias en las que se trata el control de convencionalidad de forma expresa, a saber, Caso Almonacid Arellano vs. Chile y Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, el parámetro de coherencia que se debía resguardar por los Estados parte lo constituían las normas de la Convención Americana. En efecto, al señalar “*El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*”⁴⁹ la Corte define como parámetro dicho instrumento internacional, lo que es luego reiterado en el segundo caso mencionado, con las siguientes palabras: “*En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio entre las normas internas*

⁴⁸ NOGUEIRA, H., El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010, En: *Dialogo transjudicial de los Tribunales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p. 195.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano, párr. 124.

y la Convención Americana”⁵⁰. Sumado a ello, en la misma sentencia la Corte señala que las leyes deben corresponder no solo con las normas del tratado mismo, sino que también al objeto y fin de la Convención.⁵¹

El desarrollo del ejercicio del control de convencionalidad supone que el juez debe tener en consideración como estándar mínimo la norma de la Convención Americana y además otros tratados afines, sumado a la interpretación que haya definido al respecto la Corte IDH en aplicación de la Convención, lo que se entiende incorporado a la norma, adquiriendo de esta forma una especie de “eficacia directa”⁵². Así lo ha establecido la Corte Interamericana, por ejemplo, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* donde determinó que los jueces debían tener en cuenta no solo el tratado “sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”⁵³. Ello implica que la vinculación se produce no solo en la jurisprudencia donde los Estados sean parte, sino que de una forma expansiva también a aquellos casos en donde sea otro el Estado declarado como responsable, en lo que Néstor Sagües ha denominado como “interpretación mutativa por adición”⁵⁴, dando un valor similar al *stare decisis* estadounidense o de corte de casación supranacional.

Mucho se ha discutido acerca de la vinculación efectiva de los Estados con las sentencias de la Corte IDH como interpretaciones auténticas de la Convención Americana en los casos en que no se es parte del litigio. Autores como Nogueira, por ejemplo, han establecido que dicha obligación se desprendería de los artículos 67 y 69 de la Convención como un estándar mínimo, superior al interno (incluso superior al constitucional) al incorporarse la *ratio decidendi* de las sentencias a las disposiciones convencionales, respecto no solo las normas, sino que

⁵⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párr.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 128.

⁵² El juez Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, incluso con independencia de que el asunto sea sin su participación formal como parte.” Voto razonado juez Ferrer Mac-Gregor, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párrafo 79.

⁵³ Corte IDH. Caso Boyce y otros vs Barbados, párr. 78

⁵⁴ Señala el autor que por esta tesis la Corte IDH agrega *algo* al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado. SAGÜES, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, V.8, Nº 1, año 2010, Santiago, pp. 117-136.

también todos los órganos y autoridades del Estado, cualquiera sea el nivel en el que se encuentren.⁵⁵

Diferente es la lectura de Francisco Zúñiga, para quien la jurisdicción del sistema interamericano de derechos humanos es una jurisdicción complementaria, subsidiaria, integrante de un sistema de protección regional y no un sistema supranacional de protección⁵⁶, donde la Corte IDH realiza una especie de “interpretación mutativa por adición” como interprete última de la Convención, agregándole un “cuerpo de normas” no incluidas originalmente en el pacto, “sino meras decisiones de la propia Corte, lo que terminaría obligando a Estados que no han sido parte en un conflicto o en una consulta objeto de la competencia de la propia Corte; asumiéndose por el mismo tribuna la doctrina del valor precedente. Ello importa admitir como válida una decisión de política judicial y pretoriana en orden a que la CIDDHH posee el rol de una ‘corte de casación supranacional en derechos humanos’, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica.”⁵⁷

Además de las normas de la CADH y las interpretaciones que realiza de ella la Corte IDH, se ha entendido que forma parte también del parámetro a tener en consideración los diversos tratados internacionales sobre materias específicas en los cuales el Estado forma parte de ellos formalmente y la Corte IDH tenga competencia, y los principios de *ius cogens*, integrándose en un conjunto que recibe el nombre de *corpus iuris interamericano*.

La Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del *corpus iuris* como parámetro, en particular, en la Opinión Consultiva OC-16/99 donde estableció que:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y de efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las

⁵⁵ NOGUEIRA, H., Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos En: NOGUEIRA, H (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2013, p.20-21.

⁵⁶ ZÚÑIGA, F. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica En: NOGUEIRA, H (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2013, p, 433.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 440.

*relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.*⁵⁸

Posteriormente, en sede contenciosa, la Corte IDH agregó en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia⁵⁹, lo que incluso ha sido denominado como “bloque de convencionalidad” por autores como Ferrer Mac-Gregor⁶⁰. Asimismo, la Corte IDH estableció que el parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados al señalar que “cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte del Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación de estos ha hecho la Corte Interamericana.”⁶¹

⁵⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafo 115

⁵⁹ Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr.199.

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR, E. Voto concurrente, Caso Cabrera García y Montiel Flores, párrafo 50, citado por Nogueira, H. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales, p.311.

⁶¹ Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330.

También se ha considerado parte del *corpus juris* y se ha ampliado el parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas emitidas por la misma Corte Interamericana, lo que se recoge en la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” de 19 de agosto de 2014. La Corte señala que “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículo 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.”⁶²

En el voto razonado del juez Sergio García en el caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú señaló que “en la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus iuris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado (...) De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.”⁶³

⁶² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁶³ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, párr.2.

Sumado a las normas convencionales y el *corpus iuris* se ha mencionado también que el control debe incluir además los métodos de interpretación desarrollados por la Corte IDH: la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona, el principio de progresividad y el principio de ponderación⁶⁴.

Diversos problemas surgen de la determinación de dicho parámetro, por cuanto, “ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha atribuido mayor jerarquía a la Convención y a la Jurisprudencia americana que el resto de la normativa interna de los Estados, incluso por sobre las Constituciones, asignándole rango supraconstitucional.”⁶⁵, los que serán analizados más adelante en el tercer capítulo de esta tesis.

1.1.3.2 Actos y normas nacionales sujetos al control.

En virtud del deber general de los Estados que son parte de la Convención sobre adecuar las reglas de derecho interno al tratado expresado en los artículos 1.2 y 2 de la CADH, surge la pregunta sobre qué actos se debe realizar el examen de compatibilidad.

En un primer alcance, podemos pensar que al ser los jueces los primeros obligados a ejercer el control en la aplicación de la ley al caso concreto, la revisión de coherencia se realiza sobre aquellas normas que sean llevadas a su conocimiento por las partes. Otra posibilidad es, dada la extensión de las últimas sentencias sobre el control de convencionalidad a los órganos obligados, que el examen se realice sobre todo tipo de acto, ya sea formal o solo prácticas, que tenga su origen en algún órgano estatal o poder del Estado, incluyendo todas sus autoridades públicas, debiendo considerarse, por ejemplo, los actos administrativos e incluso a actuaciones típicas de funcionarios que sean menos formales.

Para Hitters, el control de convencionalidad se aplica sobre todo tipo de normas, dando incluso el carácter de supraconstitucional a las obligaciones de la Convención Americana al someter al examen inclusive las normas de fuente constitucional. Así ha señalado que la Corte

⁶⁴ NOGUEIRA, H.. El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales. En: Nogueira, H. y AGUILAR, G. (Coord) *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*. 1era. Ed., Santiago: Editorial Triángulo, 2017, p.21

⁶⁵ HENRÍQUEZ, M. Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1999-2011) En: NOGUEIRA, H. (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia,, 2013, p.253.

IDH no ha hecho descripción de qué tipo de normas locales deben ser objeto de control, “por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, acto administrativo, constitucionales provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido⁶⁶

Sin embargo, para Gonzalo Aguilar, en su jurisprudencia la Corte IDH ha extendido el control de convencionalidad “(...) *no solamente a la aplicación de la CADH y a la adecuación de las normas internas a la Convención Americana, sino también resalta como parte integrante de este control las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, en cuando manifestaciones del orden público estatal.*”⁶⁷. Algo similar ha señalado el profesor Francisco Zúñiga, para quien “el control de convencionalidad es un control o inspección de la regularidad de los actos del Estado parte del sistema de protección internacional-regional (sistema interamericano), actos emanados de sus poderes públicos en el ejercicio de sus potestades constituyentes, legislativa, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control.”⁶⁸

La Corte IDH sobre el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* evolucionó desde alcanzar las leyes contrarias a la Convención a ampliarse a prácticas internas, señalando que “Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de

⁶⁶ HITTERS, J. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009, pp. 109-128.

⁶⁷ AGUILAR, G. El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos, En: NOGUEIRA, H (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013, p. 497.

⁶⁸ ZÚÑIGA, F. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. *El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, p. 388.

normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”⁶⁹

La falta de definición expresa por parte de la Corte IDH sobre el material normativo y actos controlados de manera precisa más que “normas jurídicas internas” deja en evidencia otro inconveniente propio de ser un concepto inacabado. A pesar de ello, debemos fijar como actos controlados de forma mínima las normas internas, las que según el parecer del profesor Nash, obliga a controlar a todos los jueces y funcionarios del Estado según sus competencias, “a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”, integrando de esta forma todo tipo de normas según el radio de competencia que tenga quien ejerza el control en el caso concreto, lo que podría incluir incluso todo tipo de prácticas más allá de la aplicación de la ley.

1.1.3.3 Órganos sujetos a la obligación de realizar el control de convencionalidad.

Tal y como ocurre con el resto de los elementos del control de convencionalidad, la Corte fue definiendo en su jurisprudencia de forma sucesiva las reglas de los órganos que deben cumplir con el deber de realizar el examen en el ordenamiento interno de cada Estado, aumentando su radio de aplicación hasta llegar a señalar expresamente como sujetos obligados de realizar el control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, de tal generalidad que presenta evidentes dificultades operativas para los Estados parte. Sin duda que el éxito del control de convencionalidad está en gran parte supeditado a la recepción de este mecanismo en cada ordenamiento interno y cuánto se involucren quienes se definen como sujetos obligados a ejercer dicho control y para ello es necesaria una definición más clara.

En una primera etapa, la obligación del control de convencionalidad fue entregada como primeros responsables a los jueces nacionales (Caso Almonacid Arellano Vs. Chile) en un ejercicio más acotado del mecanismo de control, para luego mutar con el transcurso breve del

⁶⁹ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

tiempo a incluir además de los jueces a los “órganos del Poder Judicial” (Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.) y evolucionar a una segunda etapa donde la Corte IDH incluye a otros sujetos como principales obligados al respecto que deben ejercer el control de oficio dentro del ámbito de sus competencias y funciones de la magistratura, en específico, al señalar que *“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*⁷⁰.

La tercera etapa continúa extendiéndose el control y se señala que es competente para ejercerlo cualquier juez o tribunal que realice funciones jurisdiccionales, lo que ampliaría de forma evidente, al menos en nuestro sistema interno, el número de órganos llamados a ejecutar el control, por ejemplo, el Tribunal Constitucional. En este sentido, desde el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, la Corte IDH extendió la obligación de realizar el control de convencionalidad, señalando que *“los jueces y órganos vinculados a la administración de la justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana (...)”*.⁷¹

En una cuarta etapa se incorpora como órgano competente para realizar el control a *toda autoridad pública*, extendiendo el ámbito de aplicación desde los jueces nacionales y Poder Judicial a todos los órganos públicos⁷², lo que sucede con el Caso Gelman vs. Uruguay del año 2011⁷³. Por la importancia de este caso para la configuración del control de convencionalidad repasaremos brevemente los hechos en que se desarrolla.

Los hechos del primer caso contencioso de Uruguay ante la Corte IDH se refieren a la denuncia realizada luego de la desaparición forzada de una mujer quien fue detenida junto a su esposo cuando se encontraba embarazada, quien se mantiene desaparecida hasta el día de hoy.

⁷⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, párr. 128.

⁷¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 225.

⁷² Lo relacionado a las etapas del control de convencionalidad en NASH, C. Control de Convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos En: Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador) *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2012, pp. 371.

⁷³ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Mientras estuvo en detención dio a luz a una niña en Uruguay, Macarena Gelman, quien fue sustraída y registrada de forma ilegal como hija propia por un policía uruguayo. Una vez restaurada la democracia en el país fueron dictadas leyes de amnistía que incluían los delitos políticos, comunes y militares que se cometieran en el período dictatorial, una de ellas la Ley N°15.848 sobre Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado de 1986, la cual impedía la investigación de hechos y determinación de las sanciones correspondientes a quienes fueran responsables de crímenes graves contra los derechos humanos. Dicha ley fue sometida a referéndum en abril de 1989, siendo ratificada por el 55,44% de la población. Finalmente, el Estado uruguayo fue declarado responsable por el delito de desaparición forzada y la sustracción y sustitución de la menor Gelman, por no adecuar las normas internas y no ejercer el control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad en coherencia con la Convención Americana.

Si bien esta sentencia tiene varias aristas interesantes para ser analizadas, ahora nos enmarcaremos solo en lo relativo a la materia que analizamos respecto al sujeto obligado a ejercer el control de convencionalidad. En este sentido, la sentencia de la Corte IDH en el caso Gelman dispone que:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray

Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.”⁷⁴”

El caso Gelman es además se perfila como un hito en donde la Corte Interamericana ha sintetizado el concepto de control de convencionalidad, en particular en su resolución de supervisión de sentencia de 20 de marzo de 2013; de la cual transcribimos los párrafos más importantes:

“66. (...) Todos sus órganos, incluidos los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. (...) Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional

⁷⁴ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafo 239.

interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación

*de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.*⁷⁵

*“(…) 72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.”*⁷⁶

Posterior al caso *Gelman vs. Uruguay* de 2011, la Corte IDH volvió a precisar la obligación de realizar el control de convencionalidad, señalando en el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana de 28 de agosto de 2014⁷⁷ que: *“Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”*⁷⁸.

Lo mismo fue reiterado posteriormente en el Caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* en la sentencia de 14 de octubre de 2014, al determinar que la normativa interna, en particular las leyes de amnistía, no deben significar un obstáculo para la investigación de hechos que puedan significar una violación de derechos humanos, agregando que dicho deber “vincula

⁷⁵ Corte IDH. Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, conclusión n°67-69.

⁷⁶ Corte IDH. Supervisión, Resolución de 20 de marzo de 2013, conclusión n°72.

⁷⁷ Este caso en particular fue analizado por Francisco Zúñiga, revisor: ZÚÑIGA, F. Comentario a la sentencia “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, p. 440 y ss.

⁷⁸ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497. Esto ha sido reafirmado recientemente en la sentencia del caso *Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93.

a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, encontrándose obligados a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.”⁷⁹

Otra forma en la que se expresa el control de convencionalidad más allá del examen de normas que realiza el Poder Judicial, extendiendo la obligación a otros órganos públicos podemos encontrarla en las órdenes que ha realizado la Corte IDH a diversos Estados para que implemente programas de capacitación sobre derechos humanos, por ejemplo, dirigidos a policías, fiscales, jueces, militares y a otros funcionarios de órganos de la Administración del Estado⁸⁰. De esta forma, se habla de una “convencionalización” o de un ordenamiento jurídico interno “convencionalizado”⁸¹, partiendo desde la Constitución y hasta las prácticas estatales, ya no bastando la incorporación de tratados de derechos humanos a la normativa interna, sino que el ordenamiento en su conjunto es leído y aplicado conforme a las normas convencionales y a los parámetros interpretativos fijados por la Corte IDH.

Al ser una obligación que debe ser cumplida por todos los órganos del poder público en un Estado interno en el ámbito de sus competencias, el control específico ejercido por los tribunales de justicia ha sido denominado como “control judicial interno de la convencionalidad”.⁸²

Sin embargo, a la extensión de la aplicación del control de convencionalidad se debe realizar una importante prevención. Si bien la Corte IDH a través de su jurisprudencia ha señalado que los obligados no solo son los jueces nacionales sino cualquier autoridad pública, en sentido estricto el control de convencionalidad sólo es aplicado por los operadores de justicia, ya que sólo ellos, dentro de la distribución de competencia de cada ordenamiento nacional, podrían dejar de aplicar normas jurídicas que resulten contrarias a la CADH o al *corpus iuris* en

⁷⁹ Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

⁸⁰ Por ejemplo, en los casos Rochac Hernández y otros vs. El Salvador; Caso Tibi Vs. Ecuador, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Caso Gelman Vs. Uruguay, entre otros.

⁸¹ SALDAÑA, Eloy. Sobre la convencionalización del derecho y los derechos en el Perú: ¿Alternativa posible y conveniente, o aspiración inalcanzable o incluso discutible? En: NOGUEIRA, H. (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014, p. 122.

⁸² AYALA, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México: Editorial Porrúa, 2013, p. 111.

el caso concreto. Otros órganos que no tienen competencias jurisdiccionales, pero que de igual manera se encuentra obligados por la jurisprudencia de la Corte IDH, para evitar la responsabilidad internacional del Estado deben fijar su atención en la actividad que realizan y que éstas no infrinjan normas convencionales “[e]s decir que las autoridades que no ejecutan funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora sin que estén potenciados para declarar la invalidez de normas o para desaplicarlas en casos concretos”⁸³.

Así, desde la jurisprudencia del tribunal interamericano, podemos afirmar que el analizado control de convencionalidad debe ser aplicado en primer lugar y de manera principal por los jueces y otros funcionarios de la administración de la justicia, así como también toda autoridad pública, incluyendo al Poder Ejecutivo en su labor formal y en las prácticas de sus funcionarios y al Poder Legislativo, en la emisión de normas que cumplan con el estándar de la Convención, la interpretación de la Corte al respecto y otros tratados que sean afines a la materia.

1.1.3.4 El control debe ejercerse *ex officio* y en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

La Corte IDH para precisar el ámbito de aplicación del control de convencionalidad ha señalado que es obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales⁸⁴. En el Caso Trabajadores del Congreso vs. Perú⁸⁵ la Corte IDH realizó el primer acercamiento sobre la forma en que debe realizarse el control de convencionalidad luego de que en el Caso Boyde y otros vs. Barbados, como ya revisáramos, dispusiera que los tribunales nacionales deben realizar no solo un control de constitucionalidad, sino que también de convencionalidad. De esta forma, el tribunal interamericano señala que:

⁸³ HITTERS, J. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009, pp. 109-128., pp. 131-132.

⁸⁴ GALDAMEZ, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana años 2006-2011. En NOGUEIRA, H. (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014, p.293

⁸⁵ Corte IDH. Caso Trabajadores del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.”⁸⁶

Así, se considera parte del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales la obligación de incorporar las normas convencionales sin necesidad de que sean requerido por las partes interesadas en los casos concretos donde se plantee. La Corte IDH en este sentido entiende que los jueces nacionales y los obligados a ejercer el control son conocedores de las normas convencionales y del contenido del *corpus juris* interamericano, lo que en la práctica crea evidentes vacíos ante la dificultad de que los jueces nacionales de cualquier jerarquía y materia tengan un mínimo de manejo sobre la jurisprudencia convencional.

Si el ejercicio del control de convencionalidad se organizara en pasos se podría decir que la forma sería “partiendo por conocer la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y proyectarla en los fallos que emitan con (...) aplicación preferentemente del derecho convencional sobre el derecho interno (...) Así los jueces no son libres de interpretar esos derechos discrecionalmente, sino que deben comprenderlos y aplicarlos con el significado que les ha dado la jurisprudencia de la Corte (...) El juez debe determinar si la norma jurídica interna es acorde o no con la Convención y si es contraria debe desapplicar la

⁸⁶ En este mismo sentido, las sentencias de Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

norma jurídica interna y si admite interpretaciones diversas el operador jurisdiccional deberá preferir aquella que armonice con la Convención.”⁸⁷

En el caso *Atala Riffo vs Chile*, donde nuestro país fue condenado por la Corte IDH por su responsabilidad ante el trato discriminatorio y la interferencia en la vida privada y familiar de Karen Atala debido a su orientación sexual, en el proceso judicial sobre el cuidado personal de sus dos hijas, fue nuevamente considerado este aspecto del control de convencionalidad, señalando que “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...). En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.”⁸⁸

Para Nogueira, que el control de convencionalidad se ejerza *ex officio* y en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes se traduce en que todos los órganos, autoridades y funcionarios del Estado Parte, dentro de sus respectivas competencias y los procedimientos determinados por el respectivo ordenamiento jurídico, es de oficio, sin que necesariamente lo solicite la persona afectada en sus derechos, ya que Estado-Juez conoce sus obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos y su deber jurídico constitucional contenida en el artículo 5° inciso 2° de respetarlos y garantizarlos (*principio iura novit curia*), como asimismo, aplicarlos dentro de sus competencias y conforme a los procedimientos respectivos, adoptando las medidas jurisdiccionales destinadas a darles un efecto útil.”⁸⁹

⁸⁷ GARCÍA, G. Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile. En: Nogueira, Humberto (Coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014, p.358 y ss.

⁸⁸ Corte IDH: Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 282 y 284.

⁸⁹ NOGUEIRA, H. (2014). Sistema interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales. En Nogueira, Humberto (Coord.) *La*

En el reciente caso Andrade Salmón Vs. Bolivia de 1 de diciembre de 2016⁹⁰ se realizó precisiones sobre el concepto de control de convencionalidad, que, aun cuando no varían en demasía su esencia, introducen algunas definiciones que resultan novedosas para su desarrollo. En este sentido, en el caso, señaló al respecto que

93. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

94. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación

protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago: Librotecnia, 2014, p. 401.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.

alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.”

Se desprende de esta sentencia que el control de convencionalidad sería dinámico y complementario a las obligaciones de los Estados, donde los primeros sujetos obligados son las autoridades internas de cada Estado y el sistema internacional aparece como una instancia complementaria, el que no sustituiría la jurisdicción nacional en la aplicación e interpretación de las normas internas. Sin embargo, si retomamos la aplicación del control de convencionalidad según los parámetros definidos por la Corte IDH, su ejercicio implica muchas veces algo más que solo un ejercicio interpretativo como el que señala, jugando en una especie de control jerárquico donde las normas internas dejan de ser aplicadas en el caso que resulten contrarias a las normas de la Convención Americana o al *corpus iuris* en su conjunto. En efecto, si los jueces y autoridades internas del Estado deben cumplir con las normas convencionales al interpretar las normas para que logren efectividad las garantías convencionales y las directrices de la Corte y en casos de antinomia preferir el estándar internacional, ello significa muchas veces una inaplicabilidad de facto sin una invalidación formal, superando lo que ha sido definido como sistema solamente complementario.

1.1.3.5 Efectos del control de convencionalidad: nulidad, derogación de la norma, aplicación supletoria y expedición de normas.

Diversos han sido los efectos reconocidos a través de la jurisprudencia paulatina de la Corte IDH, algunos de ellos más claros y expresos que otros, como sucede con la llamada “inconventionalidad” de la norma interna contraria a la disposición interamericana. El efecto en particular dependerá de si el control de convencionalidad del agente del Estado o del operador de justicia que lo aplique y las funciones que ejerza cada uno, por lo que no necesariamente tiene que ver solo con la derogación. Si se observan las diversas sentencias de la Corte IDH, podemos concluir que el control de convencionalidad debe aplicarse tanto en la emisión y

aplicación de normas, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos⁹¹

Los efectos también dependerían de la tesis sobre la naturaleza del control, siendo diferentes si se considera que es un control normativo o un ejercicio hermenéutico. En este acápite recogeremos los efectos que han sido definidos por la Corte IDH a través de su jurisprudencia, dando argumentos que se pueden enmarcar en una u otra tesis.

En primer lugar, la inconventionalidad como efecto en el ejercicio del control en la aplicación concreta de las normas se genera si en el rol del juez nacional de aplicar la ley resulta la incompatibilidad de la norma jurídica interna con la norma convencional, generando el deber de inaplicar la primera al transgredir atributos o garantías de los derechos asegurados en la CADH o que forman parte del *corpus iuris* en el caso concreto que conoce, de manera de fortalecer el derecho interno superando las contradicciones, sin que se produzca una derogación o anulación formal de la norma jurídica interna.

A pesar de que diversos autores han defendido el control de convencionalidad como un ejercicio hermenéutico sin que se produzca una invalidación de normas por control jerárquico, podemos encontrar casos en que la aplicación de una norma en diversos y consecutivos casos ante la jurisdicción común resulta en una derogación tácita o de hecho por las constantes decisiones de inconventionalidad, en este sentido, el cuestionamiento surge en aquellos sistemas en donde existe un control concentrado de constitucionalidad, ¿podrían tribunales ordinarios inaplicar de hecho una norma basándose en el control de convencionalidad?. A ello podemos sumar las diversas ocasiones en las que la Corte Interamericana ha señalado que las normas contrarias a la Convención son *ab initio* incompatibles y que carecen de efectos jurídicos, “es decir su promulgación misma constituye *per se* una violación de la Convención (...) De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención.”⁹²

⁹¹ NOGUEIRA, H.. El Estado juez: el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales, en *Revista de la Defensoría Penal Pública*, N°8, julio de 2013, p.52

⁹² Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 174. En el mismo sentido: Caso Almonacid Arellano y otros Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Caso

Ahora, si consideramos la tesis del control de convencionalidad como ejercicio hermenéutico, la aplicación del mecanismo implica que la interpretación de las normas internas debe hacerse en la forma que permita armonizarlas con el *corpus iuris* y la jurisprudencia de la Corte IDH, velando por el efecto útil de las normas convencionales en base a los principios *pro homine* y de progresividad, dando aplicación preferente a aquellas normas que protejan de mejor manera los derechos. La Corte IDH lo ha entendido así, por ejemplo, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, señalando que según el control de convencionalidad “las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.”⁹³

En las tesis más cercanas a la recepción del control de convencionalidad se ha señalado que este mecanismo permitiría al juez nacional “deshacerse de las obligaciones que pesan sobre él, de su subordinación a la ley nacional ya que, en virtud de los derechos asegurados convencionalmente puede inaplicar la norma interna, mejor dicho, el juez nacional podrá aplicar preferentemente el derecho asegurado convencionalmente cuando la ley interna establezca un estándar más bajo que el que exige el derecho convencional, aplicando siempre la norma interna o convencional que mejor proteja el derecho fundamental en juego o aquella que lo limite o restrinja menos de acuerdo al principio *favor persona* o *pro homine* y el principio de progresividad, así el juez nacional puede censurar las normas contrarias a la norma convencional.”⁹⁴

En concordancia con la configuración del control de convencionalidad, la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco* en aplicación la doctrina de la interpretación conforme, efecto del control de convencionalidad por el cual el juez nacional debe aplicar las interpretaciones de la legislación interna que sean compatibles con la Convención Americana señaló que “es necesario

Rosendo Cantú y otra, supra nota 45, párr. 219, y Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, supra nota 24, párr. 202. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217; y Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

⁹³ Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

⁹⁴ NOGUEIRA, H. Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos En: NOGUEIRA, H. (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago: Librotecnia, 2013, p.29.

que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.”⁹⁵

Para otra parte de la doctrina, los efectos del control de convencionalidad no se extinguen solo en la “inconventionalidad” o expulsión de la norma contraria del ordenamiento jurídico, sino que se extiende también a otros órganos no jurisdiccionales. Entendiendo que el control de convencionalidad consiste en juzgar en un caso concreto si un acto o una normativa resulta incompatible con la Convención, se dispone como consecuencia de dicho control diversas posibilidades en orden a la vigencia de tal instrumento y de otros tratados internacionales que sean parte del *corpus iuris*. Asimismo, el efecto concreto que pueda tener en el ordenamiento nacional el ejercicio del control de convencionalidad se relaciona con el deber del Estado de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, para lo cual la Corte IDH ordena por vía jurisdiccional al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con sus obligaciones⁹⁶, es lo que se ha denominado con el principio de adecuación normativa.

En este sentido, la Corte IDH ha precisado que realizar el control de convencionalidad puede implicar que para que la interpretación sea conforme a la Convención se deben adecuar las normas del derecho interno, no siendo suficiente que simplemente deje de aplicarse aquellas disposiciones que resulten contrarias a la misma⁹⁷, sino que también los Estados al ser parte de un tratado internacional como la Convención obliga a todos sus órganos a ejercer el control de convencionalidad y a que en razón del artículo 2 del Pacto San José se adecue su ordenamiento jurídico interno, dentro de un plazo razonable, de conformidad con los parámetros establecidos

⁹⁵ Corte IDH. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209, párr. 339.

⁹⁶ BAZÁN, V. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18:63-104, 2011, pp. 68.

⁹⁷ Dicha obligación la encontramos desde las primeras precisiones del mecanismo que realiza la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile al señalarse que si bien significaba un adelanto positivo que el Poder Judicial chileno no estaba aplicando el Decreto Ley N°2191 (Ley de amnistía) hace varios años “no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso (...) el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 121.

por la Corte IDH⁹⁸. En el caso de Chile, dicha arista del control de convencionalidad fue aplicada por la Corte IDH -tal vez no expresamente como ejercicio del control de convencionalidad- al ordenar que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa (...)”⁹⁹ luego de que la Corte IDH determinara que en virtud del derecho consuetudinario se ha entendido que un Estado al ratificar un tratado internacional de derechos humanos “*debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (...) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención*”.¹⁰⁰

En el caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte IDH interpretó que la obligación de adecuación de las normas de los ordenamientos internos en compatibilidad a la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes: “i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁰¹. Luego agregaría la Corte que “Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales, en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o

⁹⁸ Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

⁹⁹ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 97.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros versus Chile). *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párrafo 87.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 172.

anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”¹⁰², generándose obligaciones para el Estado juez, Estado administrador y Estado legislador.

La Corte IDH en el caso Rosendo Cantú y otros vs. México del año 2010 señaló que *“no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.”*¹⁰³

Néstor Sagüés, ante una confrontación de diversas posibilidades de aplicación, señala que, a la luz del control de convencionalidad, existen diversas hipótesis¹⁰⁴. La primera de ellas en razón del principio pro persona o *pro homine*, recurriendo a la mejor interpretación o utilización del mejor derecho, en una aplicación supletoria según las realidades, creencias, posibilidades y experiencias locales. En la segunda hipótesis corresponde como consecuencia del control de convencionalidad la inaplicación de la norma doméstica que sea contraria a la norma convencional, incluso la constitucional, la cual no deberá efectivizarse. Por último, como tercera hipótesis el autor plantea la posibilidad de “reciclaje de la norma constitucional” por cual los Estados parte deben adecuar las interpretaciones constitucionales y legislativas locales a los principios establecidos por la Corte IDH, con la responsabilidad, en definitiva, de hacer funcionar a todo el derecho interno en conformidad con el Pacto San José de Costa Rica y la

¹⁰² Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180

¹⁰³ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338.

¹⁰⁴ SAGÜÉS, N. Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada”, En: NOGUEIRA, H.. *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2014, p.18.

interpretación que de él hace el tribunal interamericano; ello también se extiende a la emisión y aplicación de normas nacionales.

En nuestro país, para quienes las normas convencionales están integradas a la Carta Fundamental a través del artículo 5º inciso segundo otros problemas surgen cuando el control es ejercido por órganos que tienen competencia derogatoria de normas contrarias a la Constitución, como sucede con el Tribunal Constitucional. En efecto, si entendemos que la Constitución incluye como parámetro a través del bloque de constitucionalidad las normas convencionales, el órgano encargado debiera derogar la norma interna incompatible con los derechos de manera abstracta o *erga omnes*. Esta consecuencia operaría frente a todo tipo de normas, inclusive las constitucionales que vulneren los contenidos de la CADH, generándose la obligación para el Estado de modificar a través de su potestad constituyente lo que sea contrario al estándar interamericano, otorgándole de facto una categoría al derecho convencional de superior jerarquía, más allá de la incorporación que pueda dar cada Estado a la relación entre el derecho interno y las normas de la Convención.

En este sentido, el control de convencionalidad se debe aplicar no solo en el rol jurisdiccional, sino que también en la emisión y aplicación de normas o prácticas de diversas autoridades y órganos. Así, los Estados parte estarían obligados a respetar y garantizar los derechos recogidos en la Convención Americana y en el *corpus iuris* interamericano, involucrando principalmente pero no de forma exclusiva a los jueces nacionales y agentes del Poder Judicial, sino que como ya revisamos, a toda autoridad pública, incluyendo por lo tanto a los otros poderes del Estado, por lo que “las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y , por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno.”¹⁰⁵

Para finalizar el presente capítulo podemos sintetizar al control de convencionalidad como resultado de la jurisprudencia de la Corte IDH de acuerdo a los siguientes elementos:

¹⁰⁵ NASH, C. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, p.362

- a) El control debe considerar como parámetro no solo el tratado, sino que también la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana y otros instrumentos de protección que versen sobre la materia. Sumado a ello se aplica el *corpus iuris* interamericano que considera otras normas y principios.
- b) Toda norma y acto debe ser sometido al control, independiente de su jerarquía u origen.
- c) Todos los órganos del Estado parte, administrativos, legislativos y órganos que ejerzan jurisdicción de todos los niveles están obligados a ejercer el control y velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes incompatibles.
- d) El control debe ser ejercido por los jueces y demás órganos *ex officio*, dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.
- e) Como resultado de la aplicación del control de convencionalidad, se debe cuidar la compatibilidad con el *corpus iuris* en emisión y aplicación de normas o prácticas de diversas autoridades y órganos.

2 CAPÍTULO II: FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, el control de convencionalidad ha sido desarrollado casi en su totalidad por la jurisprudencia de la Corte IDH, para lo cual ha enmarcado su fundamentación en diversas normas del derecho internacional, como también en el derecho de algunos de los Estados parte en que éste se aplica. Esto se explica pues, mediante el examen de la evolución de las jurisprudencias nacionales, es que la Corte IDH desarrolla la interpretación evolutiva de la CADH, teniendo en cuenta los cambios sociales percibidos por los jueces internos en la estructura y concepción de una serie de bienes jurídicos específicos¹⁰⁶. Ante esto, pese a su origen y cuestionada obligatoriedad, son estos preceptos los que comprometen y, luego, implican una responsabilidad internacional ante el incumplimiento para el Estado parte.

Considerando lo precedente, en un sistema de supremacía constitucional, y dado la preeminencia del principio de legalidad en nuestro país, es necesario analizar la normativa positiva que da pie, bajo la mirada de algunos, para la implementación y correspondiente aplicación del control de convencionalidad en Chile.

2.1 NORMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Desde el caso *Almonacid vs. Chile*, la Corte IDH ha entendido que el mecanismo de control de convencionalidad se desprende de una serie de normas establecidas en la CADH, las que determinan la obligación por parte de los Estados de respeto a los derechos humanos. Sin embargo, esta convención por sí sola no tiene la fuerza suficiente para obligar a los Estados a no anteponer su derecho interno ante las obligaciones internacionales, por lo que, la misma jurisprudencia reconoce, en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), el medio por el que cada Estado parte de la CADH, haga prevalecer lo preceptuado en

¹⁰⁶ NOGUEIRA, H., Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento por reforma constitucional. En NOGUEIRA, H. *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*. Santiago: Librotecnia, 2015, 139.

el Pacto de San José de Costa Rica, cuestión que igualmente, como se analizará, no logra asegurar necesariamente la obligación concreta de aplicación de dicho mecanismo.

2.1.1 Convención Americana de Derechos Humanos

Desde ya, necesario resulta mencionar que la CADH en parte alguna menciona el control de convencionalidad o algún equivalente de manera expresa en su texto, de hecho en el caso *Almonacid vs. Chile* se habla de una “especie” como ya se ha mencionado, siendo en la jurisprudencia posterior y reciente en que se consolida el concepto. Pues bien, conforme a las normas del *ius cogens*, y a una interpretación armónica de la CADH y la CDVT como se observará, es que se configura este mecanismo como una obligación que asiste a los Estados parte de la misma¹⁰⁷.

Expuesto lo anterior, y como se ha relatado de forma general en el capítulo primero, el control de convencionalidad se funda en principio por el artículo 1.1 de la CADH, precepto que prescribe la obligación de respetar los derechos, norma que a su vez es la interpretación general para la promoción y resguardo de los derechos humanos, que en su texto señala:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Dicho respeto a los derechos reconocidos por la Convención como norma de acción e interpretación, necesita en algunos casos un actuar previo de los Estados parte de la CADH, razón por la cual el artículo 2 relata el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con tal de permitir el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, por cuanto la norma aludida señala:

¹⁰⁷ ALARCÓN, C. El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno. En: *Derechos Fundamentales*, N°. 13, 2015, p. 41.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De la lectura de ambos artículos se desprende que, la fundamentación dada al control de convencionalidad subyace desde la obligación de los Estados contenida en la Convención de organizar el aparato de poder público para permitir pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen¹⁰⁸, más conocida como la obligación de respeto y garantía. Ello se ha interpretado como una obligación de los Estados de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en cada ordenamiento interno, medidas que por lo demás deben ser efectivas. Además, en cuanto a la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH ya transcrita, implicaría que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales de cada Estado se encuentran vinculados directamente a los derechos asegurados en la Convención, obligándolos a respetarlos y garantizarlos en el estándar mínimo convencional.¹⁰⁹

En adición, para el caso de la CADH, se entiende que el artículo 29, referido a las “normas de interpretación”, obliga a los Estados a realizar esta labor de la forma más favorable posible, lo que implica promover el ejercicio de las libertades y derechos y, a contrario sensu, restringir lo más posible las limitaciones a éstas, entendido esto como el “principio pro persona”¹¹⁰. En efecto, el texto de la CADH señala que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de

¹⁰⁸ NASH, C. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2012, p. 364.

¹⁰⁹ NOGUEIRA, H.. Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos En: NOGUEIRA, H (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago: Librotecnia, 2013, p.19.

¹¹⁰ FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales* 9, n° 2, Santiago, 2011, 557.

los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por último, como se ha insistido, el control de convencionalidad no se encuentra expresamente consagrado, sino más bien, proviene del reconocimiento jurisprudencial. Es este punto crucial, pues la CADH, sí señala expresamente la obligatoriedad de ésta, por lo cual la vinculatoriedad de este control se desprende del artículo 68.1 de la convención, el cual prescribe¹¹¹:

“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

Así, dadas las obligaciones de los Estados parte de ser activos partícipes de la promoción de los derechos y libertades que la CADH prescribe, ya sea mediante acciones determinadas de promoción de derechos según el artículo 1.1, la debida adecuación de las normas internas, dado lo expuesto sobre el artículo 2, o sobre la misma interpretación de las normas, cuestión prescrita en el artículo 29, es que éstos se verían compelidos a aplicar el control de convencionalidad como lo ha planteado la Corte IDH. Pese a lo anterior, aún lo señalado en el artículo 68.1 del texto convencional, la CADH adolece de los mismos problemas que la mayoría del derecho internacional, siendo uno de éstos los posibles conflictos con el derecho interno de los países, lo que provoca deficiencias en sus criterios de ejecutabilidad, como también, tal y como se analizará más adelante, no prescribe en forma alguna la jerarquía que éstos debieran tener en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuestión problemática en nuestro

¹¹¹ BARROS SEPÚLVEDA, M. et al. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol?. En: *Ius Novum* 8, 2015.: 205-246, p. 209.

país, puesto que, siguiendo a Castilla, ni de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 (respetar y garantizar) y 2 (adoptar medidas que sean necesarias para hacer efectivos derechos) de la Convención Americana, ni del restante contenido de ésta, ni de ningún otro tratado se deriva una obligación para los Estados de integrar y situar en el sistema jurídico nacional a los tratados al mismo nivel o un nivel superior que el de su Constitución¹¹². Prosigue el autor manifestando que en ningún lado encontramos la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un tratado, requisito necesario e indispensable para hablar de control de convencionalidad, sino lo que se plantea son formas de coordinación y adecuación para que se cumpla con la CADH¹¹³.

Dicho lo anterior, resulta necesario observar el resto del conglomerado de tratados y/o convenciones internacionales, a fin de reforzar las obligaciones que nacen de la CADH.

2.1.2 Convención de Viena del Derecho de los Tratados

En la fundamentación del control de convencionalidad, la Corte IDH ha encontrado parte de su sustento en la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, específicamente en los artículos 26 sobre el principio *pacta sunt servanda*, 27 sobre la prohibición de invocar normas de derecho interno para excusar el cumplimiento de las obligaciones internacionales y, artículo 31.1 sobre el principio de buena fe o *bonna fide*.

En efecto, la Corte IDH ha invocado dichas normas del derecho público internacional para dotar de contenido la obligación de ejercer el control de convencionalidad al señalar que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.¹¹⁴

¹¹² CASTILLA, K. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII. México, D.F., 2013, p. 80.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrafo 125.

Menester es revisar el articulado planteado en la CVDT, que permite entregar contenido, pero en especial, vigor a las normas de la CADH. En este sentido, el artículo 26 de esta convención señala:

“Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”

Por su parte, el artículo 27 de la CVDT, determina una obligación básica del derecho internacional, que es la no invocación del derecho interno so pretexto de no aplicar las normas convenidas internacionalmente:

“El derecho interno y la observancia de los tratados Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”¹¹⁵

Sobre lo mismo, Fuentes recrimina las posturas que han entendido, debido al artículo 27 de la CVDT, una supuesta autoejecutabilidad de la norma internacional. En efecto, plantea que revisada la historia fidedigna de dicho artículo, es necesario entender que la propuesta de Pakistán, bajo la cual se aprobó su inclusión en el texto final de la CVDT, tiene que ver con una regla de responsabilidad ante el incumplimiento de la norma internacional, excluyendo al derecho interno como eximente, mas no como una obligación a cada sistema jurídico nacional, sobre el cómo debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno¹¹⁶.

Ahora bien, y pese a lo anterior, con tal de armonizar las normas antes señaladas en conjunto a la CADH, es necesario entender el control de convencionalidad propuesto por la Corte IDH (y en general cualquier problemática de aplicación del derecho internacional) mediante la formulación de dos problemáticas jurídicas, la primera relacionada con la aplicabilidad de la norma, y otro es el referente a su interpretación¹¹⁷. Por esto, el artículo 31.1 de la CVDT es crucial para la aplicación del principio pro persona señalado a propósito de la

¹¹⁵ Por su parte, el artículo 46 es una excepción

¹¹⁶ FUENTES, X. International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, No. 2 Puerto Rico, 2008. p. 489.

¹¹⁷ REY CANTOR, E. Controles de Convencionalidad de las Leyes. En REY CANTOR, E (ed) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México D.F., México: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, 262.

CADH, pues esta norma obliga a interpretar acorde a objeto y fin del tratado¹¹⁸, puesto que la norma prescribe la como una de las reglas generales de interpretación que:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En este sentido, sobre el principio de *bonna fide*, se ha entendido que el Estado parte de un tratado internacional, “debe interpretarlo y aplicarlo de buena fe a fin de que efectivamente tenga efecto útil; esto es, sobre la base o supuesto de que lo ha suscrito y ratificado para que realmente produzca sus efectos jurídicos en todo su territorio, que ello deben hacerlo todos sus órganos, sean ejecutivos, legislativos o judiciales, centrales o de unidades territoriales, centralizadas o descentralizadas, dependientes o autónomas y que, obviamente en el ámbito internacional, no puede hacer prevalecer su derecho nacional sobre aquél. Y de allí parecería que se desprende la obligatoriedad y aun la eficacia del tratado en el orden interno del Estado parte del mismo.”¹¹⁹

2.2 NORMAS EN DEL DERECHO INTERNO

2.2.1 Constitución Política de la República

A juicio del profesor Nash, el control de convencionalidad tiene fuerza vinculante en nuestro país a través de una interpretación conjunta de los artículos 1°, 5° y 6° de la Constitución Política de la República. En efecto, para el mencionado autor, el Capítulo I del texto constitucional, referido a las “bases de la institucionalidad” entregan las herramientas necesarias para la configuración del control de convencionalidad como imperativo del Estado, esto pues, el artículo 6°, norma que sería clave para este sistema, establece la obligación de sometimiento a todos los órganos del Estado, ya sea sus titulares o integrantes, como a toda persona, institución o grupo, de su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, lo que no se reduce únicamente al catálogo de garantías y derechos establecidos en el artículo 19, sino que

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ VIO GROSSI, E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N°21, 2015, p. 98

también a la norma prescrita en el artículo 5° inciso segundo, que establece las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹²⁰.

En cuanto al artículo 1° de la Constitución, en sus incisos primero y cuarto, permite extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía)¹²¹. En efecto, sustenta en primer término su opinión en que, el primer inciso, consagra la visión de los seres humanos como libres e iguales. Esta postura se complementa con lo dispuesto por Nogueira quien, a propósito del inciso mencionado, señala que “La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos. Podemos sostener así que dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales”¹²². Es esta dignidad humana la que, como presupuesto de los derechos, permite el ejercicio y protección de ellos, y por consiguiente el debido resguardo por parte del Estado. Sumado a esto, Nogueira recuerda que la norma jurídica positiva no crea los derechos esenciales o humanos, su labor está en reconocerlos, asegurarlos, convirtiéndolos en obligación jurídica, garantizarlos y promoverlos¹²³, cuestión que nace de la interpretación del inciso en cuestión, sumado al artículo 5° inciso segundo y 19 de la CPR.

Por su parte, el artículo 1° en su inciso cuarto establece el deber de servicialidad del Estado, el cual se debe a la persona humana con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Constitución ha establecido, lo que Nash menciona como el deber de protección del Estado¹²⁴. Por lo tanto, Nogueira interpreta ambos incisos del artículo 1° en que los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al

¹²⁰ NASH, C. *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2012, p. 54.

¹²¹ Ibid.

¹²² NOGUEIRA, H., Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis* 9, no 1, 2003, p. 2,

¹²³ Ibid., 3.

¹²⁴ NASH, C. *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2012, p. 54.

servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común¹²⁵, lo que conlleva a entender que este deber le es indiferente si dichos derechos se encuentran “reconocidos” en el ordenamiento jurídico nacional o en tratados internacionales sobre derechos humanos.

A lo anterior, finaliza Nash entregando una interpretación armónica de las normas constitucionales con las que él afirma la obligatoriedad del control de convencionalidad en nuestro país, pues el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1°); los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5°), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6°)¹²⁶.

Sin ánimos de adelantar cuestiones que serán tratadas en el siguiente capítulo, esta postura no es pacífica en la doctrina nacional. De hecho, Francisco Zúñiga menciona que la norma del artículo 5° inciso segundo a la se hizo referencia es una norma de conducta y no una norma de organización, por lo que establece deberes negativos de respeto y positivo de promoción de derechos fundamentales y de derechos humanos que sean regulados en normas convencionales, pero que no configuran una cláusula atributiva de competencias a los poderes públicos¹²⁷, lo que es exclusivo del constituyente y que en nuestro caso se comprende en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Siguiendo esta línea, el sometimiento a la Constitución corresponde a ésta misma en su sentido formal, no pudiendo la autoridad extender esta a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como la CADH, pues esta no es auto ejecutable en nuestro ordenamiento jurídico nacional, debiendo ser ponderada a la luz del entramado constitucional. Es por ello que, tal y como señala el mismo jurista que “fruto del sistema de reparto de potestades contenido en la Constitución, es que los tribunales de justicia, que integran el Poder Judicial, tienen la función de tutela judicial directa de derechos

¹²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis* 9, no 1, 2003, p. 4.

¹²⁶ NASH, C. *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2012, p. 54

¹²⁷ ZÚÑIGA, F. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2012, p. 435.

fundamentales y de derechos humanos, preferentemente, a través de procesos de amparo y efectivamente en este carril los tribunales pueden utilizar el derecho internacional convencional, sea brindándole aplicación directa o reconociendo el carácter de complementos garantista infraconstitucional del sistema de derechos fundamentales.”¹²⁸, pero no como se ha planteado por el control de convencionalidad.

2.3 CHILE Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el capítulo anterior se describía el tratamiento jurisprudencial y, por consiguiente, la formulación del concepto y efectos del control de convencionalidad, tal y como lo ha planteado la Corte IDH desde los votos razonados del Juez Sergio García, para algunos el padre del concepto en el sistema interamericano, pasando por el hito del fallo “Almonacid vs Chile”, y con la ya constante aplicación del control de convencionalidad en sede internacional, ampliando incluso el parámetro de aplicación de éste, en el sentido de controlar el *corpus iuris* latinoamericano en su conjunto.

De la construcción del concepto, Chile resulta ser actor relevante por las sendas condenas de las que ha sido objeto por la CIDH, las que en cierto modo han marcado hitos en la configuración de esta institución jurídica. Aun así, y con tal de plasmar el estado de la cuestión en nuestro país, es menester traer a colación ciertos antecedentes relativos a la firma y ratificación de la CADH por Chile, los casos en que Chile ha sido parte y, especialmente, la reacción y forma de cumplimiento de dichas sentencias, proceso necesario para vislumbrar el ejercicio posterior por parte del Estado en la adopción, o no, del control de convencionalidad.

2.3.1 **Chile y la CADH: Sobre el proceso de ratificación del instrumento internacional.**

Pese a que Chile es parte de los signatarios originales de la CADH, aquello en fecha 22 de noviembre del año 1969, de hecho, relevante resulta que los trabajos preparatorios de ésta nacieron de un proyecto presentado por Chile y Uruguay en el año 1965¹²⁹. Pese a esto, no es sino

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Mensaje Patricio Aylwin DS 873 p.2

hasta el año 1990, específicamente el 22 de mayo, en que el ex Presidente de la República, señor Patricio Aylwin Azócar, somete al Congreso un proyecto de acuerdo, Boletín N° 63-10¹³⁰, con tal de aprobar en nuestro país el texto de la CADH. Dentro de dichas motivaciones, declara que el “Gobierno comparte plenamente los postulados de la Convención, por cuanto importa una manifestación del espíritu de solidaridad con los principios de justicia Social y de protección y respeto a los derechos esenciales del hombre, que deben imperar en la comunidad internacional toda”¹³¹, aunque aclara la voluntad de realizar dos declaraciones al momento de ratificar la convención, en orden de a que, en primer lugar, la competencia de la CIDH se reconoce solamente por hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990, y en segundo término, el organismo no podrá pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se tengan al aplicar lo preceptuado en el párrafo 2° del artículo 21° de la Convención¹³².

El proyecto de acuerdo queda aprobado el 20 de agosto de aquel año, siendo depositado el instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1990, con la siguiente declaración:

“Reconocimiento de Competencia:

a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.

b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

¹³⁰ Senado de la República de Chile. Boletín N° 63-10. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=63-10

¹³¹ Mensaje Patricio Aylwin DS 873 p.3

¹³² Mensaje Patricia Aylwin DS 873 P.4

Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente, el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.”

Posteriormente, y como último requisito constitucional para la plena entrada en vigor de la CADH en nuestro país, es publicado en el Diario Oficial el D.S. N° 873/1991 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto De San José De Costa Rica”. Desde la fecha en comento, las disposiciones de la CADH son plenamente aplicables en nuestro país, lo que implica que puede ser objeto de litigios ante la Corte IDH en caso de que la Comisión presente ante ésta un caso, como se verá a continuación.

2.3.2 Las condenas de Chile en la Corte IDH

Nuestro país ha sido denunciado en variadas oportunidades ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, las ocasiones en que estos casos han sido presentados ante la Corte IDH son un número más reducido, pero no por eso insignificante. De hecho, y como se ha relatado precedentemente, uno de los hitos para la instauración del control de convencionalidad en Chile fue el caso *Almonacid vs. Chile*, momento en el cual se utiliza la voz “especie de control de convencionalidad” por primera vez de forma plenaria¹³³. Las razones por las que el Estado ha sido condenado han sido variadas, desde casos sobre desapariciones forzadas, hasta libertad de expresión y censura previa, lo que implica un abanico de temas que permiten vislumbrar, mediante las resoluciones de supervisión de cumplimiento, el avance en

¹³³ PHILP, C; RIVAS, C. *Control de Convencionalidad ejercido por la Corte Suprema: Análisis de jurisprudencia en materia de familia e infancia..* Santiago: Universidad de Chile, 2016, p. 11.

la recepción de la jurisprudencia internacional de derechos humanos en nuestro país. Dicho esto, cabe mencionar que Chile, hoy en día, ha sido condenado en los siguientes casos:

- a) "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile (2001)
- b) Palamara Iribarne vs Chile (2005)
- c) Claude Reyes y otros vs Chile (2006)
- d) Almonacid Arellano y otros vs Chile (2006)
- e) Atala Riffo y niñas vs Chile (2012)
- f) García Lucero y otras vs Chile (2013)
- g) Norín Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. (2014)
- h) Maldonado Vargas y otros Vs. Chile (2015)

Al respecto, ya se ha mencionado en el capítulo anterior, referencias a ciertos casos en sede internacional, por lo que relevante se hace entender el cómo ha reaccionado Chile a las condenas impuestas, y si el control de convencionalidad ha tenido cabida ante estas situaciones. Desde ya se aclara que, el ámbito de aplicación de este control en nuestra jurisprudencia es más amplio, sin embargo, el primer foco es precisamente conocer las medidas de reparación existentes, ante el accionar directo de la Corte IDH.

2.3.3 Medidas de reparación: Sentencias de reemplazo en casos fallados por la Corte IDH

Para Ivanschitz¹³⁴, las medidas de reparación impuestas a Chile pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- a) Medidas de satisfacción: aquellas que buscan reparar el menoscabo derivado del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de respeto y garantía.

¹³⁴ IVANSCHITZ BOUDEGUER, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado de Chile. En :NOGUEIRA, H. (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 429 y ss.

- b) Medidas de rehabilitación: otorgar asistencia médica y psicológica gratuita e inmediata a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.
- c) Medidas de restitución: restablecer la situación existente antes de producirse la vulneración a los derechos humanos.
- d) Garantías de no repetición: evitar que se sigan produciendo las mismas violaciones que las detalladas en el fallo respectivo.

Materialmente, y según la autora en cuestión, dichas medidas pueden ser desglosadas en un cúmulo de acciones específicas solicitadas por la Corte IDH, desde reparaciones en dinero, a cambios constitucionales, como en los casos Olmedo Bustos vs. Chile y Claude Reyes vs. Chile. Específicamente sobre el objeto de este acápite, para el último tipo de reparaciones, en ciertos casos se ha impuesto la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.

2.3.3.1 Almonacid vs Chile

Al respecto, es en el caso Almonacid Arellano, precisamente aquel que marca la tendencia jurisprudencial de la CIDH sobre el control de convencionalidad, y que entrega al poder judicial la pauta sobre la aplicación de dicha institución en nuestro país, como es dable observar en la sentencia rol 103-2011, de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la que da cumplimiento a la obligación de investigar el caso del Sr. Almonacid según lo dispuesto en la sentencia de la Corte IDH.

Es así como el considerando segundo plantea que, ante las alegaciones de la defensa, en pos de hacer valer una posible amnistía o prescripción de la causa, es que *“no hay modo de cumplir el fallo internacional referido y, a la vez, aplicar las instituciones de la amnistía y la prescripción a este caso, como quiere la defensa, pues ambos ejercicios son contradictorios”*.

De esta forma, la CA Rancagua comienza a plasmar la decisión de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs Chile, puesto que, además de entender la imposibilidad de aplicar las normas referidas a la amnistía y prescripción de los delitos acaecidos en la víctima, también obvia el argumento de la cosa juzgada, pues entiende se debe preferir el cumplimiento de la sentencia señalada por sobre la judicatura nacional, puesto que es el mismo Estado el que se ha obligado a esto, al ratificar la CADH y la competencia de la Corte IDH; además de entender que la CADH es un tratado de derechos humanos, de lo que cierta parte de la doctrina ha interpretado

que tiene rango constitucional, y que en caso de no entenderse así, al menos los derechos humanos son un límite a la soberanía según la propia CPR. Asimismo, el caso en comento se trataría de cosa juzgada aparente o fraudulenta, y que al reconocer la competencia de la Corte IDH, Chile se obligó a cumplir el artículo 68 N° 1 de la CADH¹³⁵, cuestión para lo que dedica los considerandos quinto, sexto y séptimo de la sentencia. Es por esto que, en el considerando quinto, se menciona que “*la Corte Interamericana decidió que el Estado de Chile violó los derechos fundamentales de las personas que ante ella acudieron, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana; esto es, los derechos al debido proceso y al amparo por la vía judicial, precisamente por sobreeser definitivamente por amnistía el proceso sobre la muerte del Sr. Almonacid, es innegable que es el sobreesimiento mismo lo que constituye el acto vulnerador, y por ende enfrentado éste, y la normativa legal que le da fuerza de cosa juzgada, al artículo 5° de la Constitución, por una razón que combina tanto la normativa internacional como el derecho interno, esa cosa juzgada no podría operar, sin mantener la vulneración*”. Cierra la argumentación la CA Rancagua, al entender que sobre lo dispuesto por la Corte IDH no existe razonamiento alguno, sino más bien corresponde su directa e inmediata aplicación, pues al pensar si debe o no ser aplicada la cosa juzgada, mencionada que el “*fallo no puede referirse a si el sobreesimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreesimiento*”¹³⁶

2.3.3.2 Norín Catriman vs. Chile

Pese a no responder precisamente a la obligación de investigar, juzgar y sancionar, es dable mencionar la sentencia rol 39-2017 de la CA Temuco, que se pronuncia sobre recurso de amparo en favor del Sr. José Huenchunao Mariñan, por detención ilegal de Carabineros de Chile el día 09 de marzo del presente año, puesto que éste tenía una orden de detención vigente por la

¹³⁵ IVANSCHITZ BOUDEGUER, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado de Chile. En: :NOGUEIRA, H. (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 436.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia Rol N° 103-2011, Considerando séptimo.

causa Poluco Pidenco, pese a que el mencionó ser víctima en el caso Norín Catriman y otros vs. Chile, originado por la misma causa que se le detiene en aquel momento.

Al respecto, la CA Temuco señala que *“el cumplimiento de las sentencias que emanan de la Corte Interamericana de Justicia, resulta ineludible en esta causa, pues el mandato contenido en dicho pronunciamiento el responsable es el Estado de Chile como parte Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y reconoció la competencia contenciosa de la Corte”*. Es más, cita la sentencia de la Corte Suprema rol 27.543-2016, que se analiza a continuación, para resaltar el deber del Estado de cumplir las sentencias de la CIDH, por lo que *“para cualquier persona no resulta aceptable que un error de actualización de sistema pueda producir como resultado el ser privada ó o amenazada en su libertad¹³⁷”*. Por lo anterior, el recurso es acogido con un fin preventivo, con tal que Carabineros *“la adopción de todas las medidas de tipo tecnológico y de información de su personal destacado en el territorio de la comuna de Ercilla, dirigidas a asegurar la tutela de los derechos fundamentales referidos del afectado”¹³⁸*.

2.3.3.3 Maldonado Vargas vs. Chile

Por último, la condena más actual de la que ha sido objeto Chile, provocó la actuación por parte del Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien interpuso recurso de revisión de las sentencias dictadas el treinta de julio de 1974 y veintisiete de enero de 1975, por los Tribunales de Justicia Militar en Tiempo de Guerra, en causa caratulada "Fuerza Aérea de Chile contra Bachelet y otros" Rol N° 1-73, en virtud de lo dispuesto en los artículos 657 N° 4° y 658 del Código de Procedimiento Penal, con el objeto de que dichas sentencias sean anuladas, por existir antecedentes que acreditan de manera indubitada que ellas se basaron en declaraciones obtenidas mediante torturas aplicadas a los imputados dentro del procedimiento incoado en contra de ellos, dentro del cual, en todo caso, se vulneraron las garantías de un debido proceso legal para finalmente condenarlos. A esta actuación, tanto el Consejo de Defensa del Estado, como los representantes de condenados en el Consejo de Guerra Rol N 1-73, adhieren al recurso en comento.

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 39-2017, Considerando quinto.

¹³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 39-2017, Resuelvo.

Sobre el control de convencionalidad, la Corte Suprema se hace cargo en su considerando undécimo para justificar la admisibilidad y posterior acogida del recurso, principiando el análisis al señalar que *“exponer y atender al contenido y resolución del fallo de la CIDH, resulta ineludible en esta causa, pues dado el mandato contenido en dicho pronunciamiento al Estado de Chile, ello conlleva que la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales que reglan la acción de revisión que ha sido planteada, contempladas en el Código de Justicia Militar y en el Código de Procedimiento Penal, deberá efectuarse esta vez procurando ajustarse a lo razonado y decidido por dicho tribunal internacional, para de esa manera resguardar el derecho a la protección judicial que se estimó vulnerado por la ausencia de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en los Consejos de Guerra del proceso Rol N° 1-73 y, en definitiva, hacer posible el mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular esas sentencias que dispone dicho fallo”*

El máximo tribunal, sustentando su decisión en la obligación de cumplir sus compromisos internacionales de buena fe, hace una aseveración importante, mencionando que *“todos sus órganos –incluyendo esta Corte, huelga señalar- en el ámbito de sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado”*¹³⁹. Es más, entiende la CS que, no es solo la resolución de un caso sometido a su conocimiento sobre lo que debe pronunciarse, sino que incluso está en juego la *“responsabilidad internacional del Estado de Chile en caso de optar por una lectura restrictiva de los derechos humanos y, en particular, del derecho a un mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular las sentencias dictadas como corolario de un proceso injusto”*. Dicho esto, la CS mantiene la línea jurisprudencial seguida por la CIDH desde el caso Gelman vs. Uruguay, extendiendo la competencia para la aplicación del control de convencionalidad interno, no restringiéndolo al Poder Judicial exclusivamente, además de, sopesar las consecuencias indirectas que provoca este caso al Estado, agregando un elemento externo al caso en cuestión.

Llega la CS a mencionar la ejecutabilidad directa de la CADH, puesto que, incluso sin la sentencia de la CIDH, ésta debe *“procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido*

¹³⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 27.543, Considerando undécimo.

que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental”. Todo esto, aplicando el principio “pro persona”, ya que los tribunales tienen la “obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención¹⁴⁰”.

Con todo, no se queda en eso la CS, pues luego de desglosar el control de convencionalidad en el considerando en cuestión, hace expresa referencia de éste, al citar el Caso Radilla Pacheco vs. México, Caso Boyce y otros vs. Barbados, y el Caso Almonacid Arellano, señalando que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...). Por lo anterior, la CS cierra su argumentación en que “el estudio de los extremos de la causal de revisión invocada del artículo 657 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, debe efectuarse por esta Corte Suprema de manera de no sujetar la procedencia de esa causal a condicionamientos excesivos, lo que, por ende, conducirá a rechazar interpretaciones de los requisitos legales para su admisión o estimación que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso o sus posibilidades de ser acogido”. Todo lo anterior, agregando como corolario del considerando jurisprudencia atingente de la CIDH, que ha señalado que “si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del

¹⁴⁰ MEDINA Q., C y NASH, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 9, Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>.

Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho” (Caso Cantos vs. Argentina, párr. 54).

3 CAPÍTULO III: PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En este capítulo recogeremos algunas de las críticas que se han realizado a la tesis del control de convencionalidad por parte de la doctrina, esperando aportar en el debate de su aplicación y así asegurar una fórmula que resguarde los derechos humanos sin que ello signifique vulnerar otras garantías del Estado de Derecho que han sido definidas precisamente para evitar excesos.

3.1 JERARQUÍA NORMATIVA: MÁS ALLÁ DE LAS TEORÍAS MONISTAS Y DUALISTAS.

El problema de la jerarquía se suscita con particular importancia cuando los procesos de integración internacional alcanzan una etapa avanzada, cuando se produce una especie de desplazamiento de la toma de decisiones fuera de los estados nacionales en materias que hasta entonces habían reservado a su poder soberanos, lo que en cierta manera “altera todo el sistema de fuentes jurídicas y amenaza con debilitar, en el proceso, la autoridad de las constituciones nacionales.”¹⁴¹

Mucho es lo que se ha discutido en lo referente a la jerarquía con el ejercicio del control de convencionalidad, el que ha de ser aplicado a todo tipo de normas independiente de su jerarquía u origen, teniendo como parámetro la Convención Americana y otras normas integrantes del *corpus iuris* interamericano. Esto último es aún más complejo cuando no existe una regla expresa dentro del ordenamiento interno que determine la posición de los tratados internacionales y de las normas de derechos humanos respecto al resto de normas, como ocurre en nuestro país, centrándose el debate en el sentido que tendría el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política.

Si bien parte de la doctrina ha considerado que el control de convencionalidad sería un ejercicio hermenéutico y niega por lo tanto que existan conflictos con la jerarquía de los tratados y las normas internas, lo cierto es que en la comparación de una norma interna con la

¹⁴¹ FERRAJOLI, L. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global. En: *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, octubre 1998, p. 180.

interamericana ésta última pareciera tener siempre un rango superior a todas las demás, prevaleciendo sobre otra con rango inferior. Dentro de las normas que deben someterse al parámetro interamericano “está igualmente comprendida la Constitución nacional, lo que nos lleva forzosamente a concluir que (...) se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos de la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad.”¹⁴²

La aplicación de la Convención Americana y de sus normas, por tanto, también del control de convencionalidad, difiere según la regulación que se le haya otorgado por cada Estado en su normativa interna, en especial en la Constitución y la recepción que se le otorga a las normas internacionales convencionales y la relación que tiene con la Carta Fundamental. Existen varias fórmulas de relación jerárquica entre la Convención Americana y la Constitución, entre ellas, otorgar a los tratados o convenciones relativos a derechos humanos que hayan sido ratificados en el país jerarquía constitucional y prevalencia en el ordenamiento interno en una especie de supraconstitucionalidad; jerarquía constitucional complementaria de las garantías y derechos ya reconocidos en la Constitución; rango infraconstitucional de la misma jerarquía que una ley y, por último, de jerarquía infralegal. Varios países de la región ha incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos en sus constituciones, definiendo de manera expresa la relación entre ambos sistemas y superando algunos de los problemas que en nuestro ordenamiento siguen existiendo, pues determina con anticipación la norma que prevalece en caso de conflicto y cómo deben interpretarse las normas sobre derechos humanos, lo que se ha considerado como los elementos mínimos para que se produzca un dialogo entre la jurisdicción nacional y la Corte IDH.¹⁴³ Cabe señalar que esto no significa que los Estados no deban cumplir con las normas y obligaciones internacionales que libremente han asumido, lo que, como ya revisamos, es parte de lo que regula la CVDT en sus artículos 26 y 27, pero en el

¹⁴² SAGÜES, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Santiago, 2010, pp. 117-136, p. 124.

¹⁴³ MORALES, M. El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del *Ius Constitutionale Commune*. En: VON BOGDANDY, MORALES, FERRER MAC-GREGOR, (Coord.) *Derechos Humanos en América Latina*, México: Editorial Porrúa, 2013, p. 112.

cumplimiento de compromisos jurídicos, el Estado puede considerar su propia normativa y mecanismos.¹⁴⁴

La jerarquía que se determine a nivel interno resulta de importancia para el estudio que realizamos, puesto la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito, de que el Pacto San José de Costa Rica tiene jerarquía superior a la Constitución¹⁴⁵, lo que hace que la obligación de ejercer el control de convencionalidad como señalábamos en el capítulo I incluye todo tipo de normas. En efecto, no puede sino interpretarse que resulta indispensable para su aplicación pacífica que las normas de derechos humanos tengan al menos rango constitucional para que así los jueces puedan preferir la norma internacional sobre la interna.

En nuestro país el tema de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos es objeto de desacuerdo y de constante debate por la doctrina. La Constitución Política señala en la norma principal que lo regula:

Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

¹⁴⁴ BENAVIDES, M. Armonizar el derecho nacional y el derecho internacional. En: (HENRÍQUEZ, M. y MORALES, M. (Coord). *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años del Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: Ediciones Der, p. 455-456.

¹⁴⁵ SAGÜÉS, N. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. En AHRENS, H (Comp.) *El Estado de derecho hoy en América Latina* Uruguay: Fundación Konrad Denauer, 2012, p. 23

Esta norma ha tenido diversas interpretaciones por la doctrina chilena, dentro de las cuales podemos encontrar posiciones que abogan por una supraconstitucionalidad de los tratados que contienen normas de derechos humanos, otras que defienden un rango constitucional, quienes señalan que tendrían rango suprallegal y, por último, rango legal. Además, se ha distinguido por algunos autores la jerarquía del tratado internacional de las normas que contienen sobre derechos humanos, en una Constitución material, otorgando distinta posición a cada uno.

La polémica además no ha sido solo en la doctrina, sino que también han existido diferencias en la interpretación que le han otorgado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En el caso de la jurisdicción constitucional, la sentencia STC 2387, por ejemplo, señala que la sola lectura de las normas contenidas en el artículo 5° inciso segundo, 32, N° 17 y 54 N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando ellos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con todo, se infiere que los tratados internacionales tendrían un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero N° 1, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuera igual o superior a la Constitución misma.”¹⁴⁶; mientras que la Corte Suprema ha interpretado del límite de la soberanía una jerarquía supraconstitucional de la base que “(...) de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos

¹⁴⁶ Tribunal Constitucional. STC N°2387, considerando duodécimo.

internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, sino por referirse a derechos esenciales (...)»¹⁴⁷

Sobre la supraconstitucionalidad de las normas de derechos humanos, Claudio Nash la ha reconocido como una posibilidad legítima, ya que los derechos humanos se configuran como un límite a la soberanía del Estado y por tanto a toda norma que pueda ser dispuesta por el Estado (sobre el Poder Constituyente), pero agrega que el sistema normativo chileno y su comprensión integral apunta más bien a una constitucionalidad de dichas normas, las que adquieren dicho carácter una vez que los tratados son ratificados y, que en caso de conflicto, se debe dar prevalencia a aquellas normas que garantice de mejor manera los derechos humanos basado en el principio pro persona. Cabe señalar que el jurista es de la opinión que los tratados internacionales tienen rango suprallegal una vez han completado el proceso de internación en el derecho nacional¹⁴⁸. De la misma forma, la norma del artículo 5° operaría también para Claudio Nash como una cláusula de inclusión de las normas de derechos humanos al derecho interno¹⁴⁹

Para Liliana Galdamez el artículo 5° inciso segundo hace referencia clara al catálogo de derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales, conectando el derecho interno con el derecho internacional, pero sin resolver de forma inequívoca el valor asignado a la doctrina de la Corte IDH¹⁵⁰ que es parte del *corpus iuris*, el material controlante en el control de convencionalidad.

Por otra parte, para el jurista Lautaro Ríos, el sentido de la norma contenida en el artículo 5 inciso segundo fue el de restaurar el deber de promoción y respeto de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a todos los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce soberanía, pero no otorgar una jerarquía supraconstitucional ni constitucional a dichas normas luego de la reforma constitucional de 1989, sino como una limitación del ejercicio del

¹⁴⁷ Corte Suprema, Rol N° 5570-2007, sentencia de 14 de octubre de 2009, considerando 10. En el mismo sentido causas Rol N° 1577-2013; Rol N° 2.582-2012; Rol N° 2.788-2012.

¹⁴⁸ NASH, C. Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012. pp. 15-23.

¹⁴⁹ *Ibídem*, pp- 48-51. En el mismo sentido: NOGUEIRA, H. El bloque constitucional y control de convencionalidad en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativa con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 13, N°2, Santiago, 2015, p. 313.

¹⁵⁰ GALDAMEZ, L. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, Santiago, 2014.

poder¹⁵¹ y que ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con el texto de la reforma del artículo 5^o¹⁵².

Por último, hay quienes consideran que las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales carecerían de jerarquía en el derecho interno, pero gozan de una posición de eficacia o aplicabilidad preferente por los órganos del Estado y de una especial resistencia pasiva a la derogación o modificación de fuentes de derecho. En esa línea, Francisco Zúñiga, para quien el artículo 5^o inciso segundo contiene una norma de incorporación a nuestro ordenamiento, pero no de habilitación¹⁵³ y que los tratados son fuente de Derecho Internacional Convencional y su incorporación al ordenamiento interno en virtud del artículo 54 N^o1 de la Constitución obliga al Estado a darle eficacia o aplicabilidad preferente a sus normas, siempre sujeto a la Carta Fundamental, sumando la imposibilidad de un control de constitucionalidad represivo.¹⁵⁴

Más allá de las discusiones y diversas posturas lo cierto es que de las normas de nuestra Constitución no se puede desprender de forma inequívoca la jerarquía de los tratados ni de las normas de derechos humanos, así como tampoco el criterio de interpretación pro persona, con excepción de la norma transcrita del artículo 5^o inciso segundo.

El debate sobre la internación de las normas presentes en tratados internacionales ha sido acentuado por la tesis del bloque de constitucionalidad o constitucional de derechos, por la cual se entiende que una Constitución es normativamente más extensa que el propio texto, incorporando derechos o principios que no se encuentran expresamente regulados en la Carta Fundamental. Uno de los exponentes más importantes de esta teoría en nuestro país es Humberto Nogueira, para quien el bloque de constitucionalidad es “el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho

¹⁵¹ RÍOS, L. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año2, N^o2, 1997, p. 103

¹⁵² *Ibidem*, p. 107

¹⁵³ ZÚÑIGA, F. Comentario a la sentencia “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, p. 462.

¹⁵⁴ ZÚÑIGA, F. Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución. En *Revista de Derecho Político*, N^o 71-72, enero-agosto 2008, p.814.

consuetudinario y los principios de *ius cogens*), sin perjuicio de los derechos implícitos, expresamente incorporados ya sea por el propio texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.”¹⁵⁵. Por este bloque de constitucionalidad basado en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, los derechos recogidos por el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno pasando a ser parte de la Constitución material, adquiriendo plena vigencia y eficacia jurídica. A ello se suma que por el bloque de constitucionalidad se incorporan a la Constitución normas que no están contenidas directamente en su texto e incluso derechos contenidos en la jurisprudencia de los órganos encargados de la protección, por ejemplo, las decisiones de la Corte IDH sea el Estado el responsable directamente, “bajo la consideración de que ésta constituye doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la Constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretado de conformidad con los tratados, éstos deben seguir los parámetros establecidos por los órganos autorizados a hacerlo a nivel internacional.”¹⁵⁶. En palabras del profesor Francisco Zúñiga, el bloque constitucional de derechos se transforma en la herramienta dogmática para conferir materialidad *iusfundamental* a los tratados de derechos humanos y les da una especie de forma *iusfundamental* al introducirlos en el parámetro o derecho material del control de constitucionalidad de la ley y actos estatales encomendados al Tribunal Constitucional¹⁵⁷. En este mismo sentido concuerda el jurista Aldunate, para quien dicha norma es una garantía genérica para definir como deber del Estado el respeto y promoción de derechos.¹⁵⁸

Sin embargo, se ha entendido que por el principio *pro homine*, independiente de la cuestión de la jerarquía de las normas, debiera preferirse aquella que mejor proteja el derecho fundamental, cualquier sea la fuente de la que provenga (artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el artículo 29 letra b) de la Convención Americana); principio que determina además que por el ejercicio de un control de

¹⁵⁵ NOGUEIRA, H. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. , *Revista Ius et Praxis*, 13 (2): 245-285, 2007.

¹⁵⁶ NASH, C. *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, p. 45

¹⁵⁷ ZÚÑIGA, F. Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución. *Revista de Derecho Político*, N° 71-72, enero-agosto 2008, p. 792.

¹⁵⁸ ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 185-210.

convencionalidad se exige una resistemización de las fuentes de derecho para los jueces quienes debieran aplicar derecho internacional sobre el derecho interno independiente de la jerarquía.¹⁵⁹ Agrega Humberto Nogueira que además un nuevo fenómeno da cuenta de la supraestatalidad normativa por la formación de un *ius publico commune* como estándar mínimo en un sistema supranacional común de derechos humanos, un nuevo paradigma de fuente del derecho que se abre al derecho internacional, pudiendo la Constitución compartir el máximo rango normativo como subordinarse a otro ordenamiento jurídico al que reconoce superioridad, limitación a la soberanía reconocida por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución.¹⁶⁰

Diferente es la opinión del profesor Francisco Zúñiga, para quien, como ya señalamos más arriba, nuestra Constitución no les confiere a los tratados internacionales jerarquía o competencia en el derecho interno, sino que aplicación preferente, como consecuencia de reglas de derecho internacional común, como las reglas *pacta sunt servanda* y *bona fide*.¹⁶¹ y es una vez incorporados al derecho interno que adquieren dicha eficacia normativa prevalente. En el mismo sentido, se ha criticado que a los principios de *pacta sunt servanda*, *bona fide* y a la regla de la inexcusabilidad en base a normas internas, se les confiera un sentido atributivo de competencias a los poderes públicos y generativo de fuentes formales del Derecho que dudosamente ostentan¹⁶². Ni del deber de cumplir con los compromisos adquiridos o del imperativo de la buena fe se podría extraer la potestad para expedir criterios de validez o eficacia de otras normas.¹⁶³

Tampoco le confiere jerarquía supraconstitucional la disposición del Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados respecto a la prohibición de justificar un incumplimiento de sus obligaciones por una disposición de derecho interno (artículo 27), sino que solo excluye

¹⁵⁹ NOGUEIRA, H. El impacto del control de convencionalidad en las fuentes del derecho chilenas. En: Estudios Constitucionales y parlamentarios. En OBANDO, I. (Comp.) *homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés Valparaíso*: RIL Editores, 2017.

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ ZÚÑIGA, F. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p. 435

¹⁶² ZÚÑIGA, F. Comentario a la sentencia “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicanas”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: Anuario de Derecho Público, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, p. 463.

¹⁶³ HENRÍQUEZ, M. y NÚÑEZ, J. El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?. En: *Revista Boliviana de Derecho* N°21, Enero 2016, pp. 326-339, p. 338.

el alegato sobre la base del ordenamiento jurídico de cada Estado para desconocer los pactos a los que se ha adherido voluntariamente.¹⁶⁴

Para Nogueira, la estructura del control de convencionalidad se concreta en un diálogo interjurisdiccional entre la Corte IDH y los tribunales nacionales de todo orden, “una interacción que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la CIDH respecto de la aplicación de los derechos efectuado por las jurisdicciones domésticas. La CIDH busca que los tribunales domésticos implementen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales”, pasando así a una nueva estructura de fuentes del derecho, donde los bordes de la soberanía nacional se desdibujan hacia un sistema internacional, integrándose diversas fuentes que garantizan la protección de los derechos fundamentales.

Como ya señalábamos, la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución. Asimismo, no se deduce de las normas de la Convención Americana que la jurisprudencia se transforme en una especie de fuente de derecho para los Estados, ello sin desconocer la importancia que tienen las sentencias de la Corte IDH en la promoción y en una mejor protección de los derechos humanos¹⁶⁵. Esto además entendiendo que el control de convencionalidad no es una obligación que haya sido definida por la voluntad de los Estados, sino que es siempre oponible a éstos por el reconocimiento de la competencia y jurisdicción de la Corte IDH.

Coincidimos en este sentido con lo señalado por la profesora Miriam Henríquez, para quien en un sistema de derecho positivo que resguarda principios del Estado de Derecho como son la certeza jurídica y la limitación del poder, la atribución el carácter de fuente formal de derecho a la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos solo puede ser decidida por la Constitución de cada Estado como norma suprema, “pudiendo disponer para sí del primer escalón de la jerarquía, o puede

¹⁶⁴ ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 2, 2010, pp. 185-210, p. 190.

¹⁶⁵ LARRIEUX, J., 2013, Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, p.601

resolver compartirlo, o renunciar a él para quedar subordinada a otra norma jurídica”¹⁶⁶, lo que la Constitución Política de Chile no ha definido de manera expresa.

Más allá de las teorías sobre la relación del derecho internacional con las normas internas que encontramos en las posiciones monistas que señalan que los ordenamientos jurídicos nacional y los internacionales constituyen una unidad, o en las dualistas donde el ordenamiento jurídico internacional nacional tienen regulaciones diferentes y efectos según en el plano donde cada norma se aplique, debiendo incorporarse las normas externas mediante legislación interna; las formalidades establecidas para la eficacia jurídica y ejecutabilidad de los tratados internacionales no deben perderse de vista, sobre todo respecto de aquellas normas que son más bien genéricas y que requieren de mayor precisión a través de un acto legislativo interno posterior, las que podrían en todo caso servir como pauta de actuación mientras ello no ocurra.¹⁶⁷

El proceso constituyente que vivimos actualmente pareciera ser un buen momento para asegurar una garantía y protección pacífica y certera de los derechos humanos que son parte de la Convención Americana y otros tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país a través una definición expresa de su lugar y función en las fuentes de nuestro ordenamiento, lo que evita no solo diversas interpretaciones respecto a su aplicación, sino que también dejarla a merced de la ideología de quién tenga excesiva libertad para darle otra dirección diferente a la de su origen: asegurar las condiciones mínimas para una vida digna de todas las personas. Las normas sobre derechos humanos y las garantías que establecen deben marcar una pauta en su aplicación en la vinculación que sí existe de promoción y respeto por los órganos del Estado.

Es la Constitución como norma jurídica fundamental, Carta de valores, la que por su contenido es el punto de partida para el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico y como tal establece la jerarquía de las fuentes del Derecho y regula las formas de producción de las normas jurídicas, siendo una de sus tareas esenciales precisar los órganos competentes para la producción de normas, sus categorías y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o

¹⁶⁶ HENRÍQUEZ, M. Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989-2011). En: : NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2012, p.253.

¹⁶⁷ CARMONA, J.. *La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos*. Disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/10.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2017], p. 203

competencia, por lo que es la Constitución la que decide la jerarquía de los tratados internacionales, es la Constitución la que otorga solución al problema de si un tratado ha sido concluido de acuerdo a sus normas e interpretación.¹⁶⁸ Como tal, la Constitución tiene una función de vital importancia de definir con claridad la función de protección de los derechos humanos, estableciendo de manera expresa las obligaciones, los recursos internos que sean eficaces y la interacción con otras normas, las que no pueden eludirse ni renunciarse sino con los mecanismos establecidos por el derecho internacional, so pena de exponerse a responsabilidad del Estado.

3.2 PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y SOBERANÍA POPULAR

La creación de instancias y organismos internacionales producto de la intensificación de las relaciones a nivel mundial ha propiciado la discusión acerca de una nueva comprensión de los conceptos de soberanía y de la autonomía del Estado en un sistema cada vez más globalizado, lo que no ha sido excepción el caso de los derechos humanos, donde se ha llegado hablar de una especie de derecho común, un *ius commune* latinoamericano¹⁶⁹, en una realidad donde se producen múltiples y cada vez más complejas interacciones de diversos agentes, lo que también ha ido provocando diversas tensiones. El paso a lo que se ha denominado como “Estado abierto” pone en jaque la creación normativa basada netamente en la voluntad estatal, pasando a un universo más amplio de normas vigentes que no son en su totalidad expresión del soberano, del poder popular, y por ende, surge un problema de legitimidad.¹⁷⁰ Parte de eso es lo que podemos encontrar también en la relación de la Corte IDH con los Estados que son parte de la Convención Americana y por tanto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, esta misma interacción ha sido identificada como uno de los desafíos de la democracia contemporánea, donde la permeabilización del Estado por lo global ha provocado que “el elector perdió su rol de poder decidir soberanamente dentro del ámbito nacional. El

¹⁶⁸ HENRÍQUEZ, M. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, Año 6, N°2, 2008, pp. 73-119, p.76. La autora hace referencia a la obra de Hans Kelsen, Principios de Derecho Internacional Público. En el mismo sentido, Zúñiga, Francisco.

¹⁶⁹ Entre ellos Armin von Bogdandy, María Angélica Benavidez.

¹⁷⁰ VON BOGDANDY, A. *Ius constitutionale latinoamericanum. Una aclaración conceptual*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>, p. 9.

ciudadano está expuesto a decisiones que se toman a nivel inter y supranacional, sin que exista una relación de responsabilidad (*accountability*).”¹⁷¹

En este acápite revisaremos dicha tensión y cómo se ha expresado en la relación del principio democrático y la soberanía popular y el control de convencionalidad. Para ello recogemos las diversas opiniones surgidas luego del caso Gelman vs. Uruguay en el que la Corte IDH declara la ineficacia de una ley de amnistía que había sido aprobada en régimen democrático y ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones a través de referéndum y plebiscito y aprovecharemos con ello de relevar el conflicto que puede surgir entre el control de convencionalidad y las obligaciones para los Estados partes cuando éstas no se han definido en el ordenamiento interno de manera expresa por el órgano legitimado democráticamente para dicha función por decisión soberana.

En el primer capítulo revisábamos que existen diversas sentencias “hito” sobre el control de convencionalidad, las cuales contienen desde los primeros acercamientos del concepto hasta el desarrollo y expansión de sus elementos. Sin embargo, el año 2011 el fallo dictado en el caso Gelman vs. Uruguay marcó un antes y un después por su relevancia política y jurídica no solo para el Estado que fue declarado responsable de violación, sino que también para todos los Estados partes y para el constitucionalismo moderno.

Los hechos del Caso Gelman ocurrieron durante la dictadura cívico-militar en Uruguay con prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia en el marco de la Operación Cóndor. Dentro de estas acciones se incluía en muchos casos la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas hijos de las mujeres embarazadas detenidas, entregando a los menores a familias de militares luego de que los padres fueran desaparecidos o ejecutados.

En este contexto, María García y su esposo Marcelo Gelman fueron detenidos en agosto de 1976 en Argentina por militares, momento en el cual María se encontraba en avanzado estado de embarazo. Mientras se encontraba detenida, María habría sido trasladada al Hospital Militar en Uruguay y dio a luz a una niña, quien fue sustraída y entregada clandestinamente a un policía uruguayo quien la registró como hija propia. Posterior a ello, fueron los abuelos paternos de la

¹⁷¹ NOHLEN, Dieter. *La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2010, p. 73.

menor, Juan Gelman y su esposa, quienes iniciaron su búsqueda, llegando a la verdadera identidad y ubicación de su nieta en 1999.

Con fecha 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado” la que otorgó amnistía por los delitos cometidos hasta marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales durante el periodo de facto. Dicha Ley de Caducidad fue declarada constitucional por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y fue respaldada por la ciudadanía por referéndum de 1989 con un 55,44% del electorado y por plebiscito en 2009 que buscaba incluir una norma que declarara nula la Ley de Caducidad sin alcanzar la mayoría para ello. Posteriormente la Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró en 2009 y 2010 la inconstitucionalidad e inaplicabilidad para ciertos casos que originaron la sentencia de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Caducidad, la que continuaba vigente para la generalidad de los casos.

Juan Gelman presentó una denuncia en su país en relación con los hechos de la desaparición de su hijo, nuera y la sustracción de su nieta, pero los procedimientos fueron clausurados principalmente por la aplicación de dicha Ley de Caducidad.

Uruguay fue declarado responsable, en lo que nos interesa, por no adecuar su derecho interno al no ejercer el control de convencionalidad respecto a la Convención Americana ante la aplicación de la Ley de Caducidad, declarando que *“dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derecho humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”*¹⁷².

El caso abrió el debate respecto al conflicto que se genera entre el principio democrático y los límites que reconoce en la protección a los derechos humanos. Si bien la Ley de Caducidad fue aprobada en plena democracia y fue respaldada por la ciudadanía un legítimo ejercicio ciudadano en dos ocasiones (distinto a lo que ocurrió en varios otros países de la región

¹⁷² Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 232

donde este tipo de normas fueron encadenadas por gobiernos que fueron directamente responsables, parte de los regímenes autoritarios o al menos simpatizantes), la Corte IDH declaró que a pesar de ello la norma no podía gozar de legitimidad, en particular:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de

convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.”

Esta decisión fue luego reforzada en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia con fecha 20 de marzo de 2013 como tuvimos oportunidad de analizar en el primer capítulo de este trabajo.

La decisión de la Corte fue analizada por Roberto Gargarella, para quien el órgano interamericano “debió haber hecho un especial esfuerzo argumentativo para distinguir unas amnistías de otras, en su sentencia. Ello, no simplemente por pretensión académica o teórica, sino en respeto de lo que significa para la ciudadanía lograr acuerdos democráticos de nivel semejante. Si una norma goza de (cierta) legitimidad democrática, ella no puede ser, luego, simplemente desafiada como si se tratara de una norma emanada de una dictadura. En otros términos, existe un problema serio cuando se toman como idénticas -por caso- normas ilegítimas de un modo extremo, y normas democráticamente legítimas, en un grado significativo.”¹⁷³, agregando también que en la particularidad de la Ley de Caducidad que había sido aprobada en régimen democrático por quien tiene el depósito de la soberanía, un Congreso soberano, y luego respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones como resultado de su organización democrática para la Corte “representaban cuestiones meramente formales, que poco tenían que ver con la validez sustantiva de la ley.”¹⁷⁴

En cambio, desde un punto de vista diferente se ha considerado lo señalado por Ferrajoli, en quien se basó la Corte IDH para determinar la posición de invalidez de la ley de caducidad uruguaya, en lo que ha denominado “esfera de lo indecible” formada por un conjunto de derechos de libertad y autonomía que impiden que decisiones puedan lesionarlos,

¹⁷³ GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf [Consulta: 11 de septiembre de 2017], p. 8

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p.9.

espacio fuera del cual es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía política mediado por la representación; dimensión política que al mismo tiempo es necesaria en toda democracia¹⁷⁵, pero ello niega de forma absoluta la idea de que la ciudadanía puede tener el derecho de auto-determinarse y de definir principios fundamentales para organizar sus instituciones básicas, resultado de asumir que ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros.¹⁷⁶

Si vemos la democracia como la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, por la cual su contenido “es el que el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él”¹⁷⁷, es decir, la democracia es la realización del principio de soberanía popular. Esta soberanía popular se apoya en que el pueblo es y tiene que mantenerse como titular del poder constituyente, que puede ser transferido a un gobernante o asamblea, siempre y cuando se entienda que la decisión de transferencia se mantenga como revocable. Es así que lo que determina el fundamento y la cohesión del orden político y social no es ya un orden divino o naturalista dado previamente, sino que el pueblo es reconocido como sujeto con pleno poder de disposición para configurar el orden político y social y le corresponde determinar las bases de la ordenación política de la vida en común.¹⁷⁸

En palabras del profesor Armin Von Bogdandy, quien ha trabajado en la teorización del *ius commune*, “la soberanía, entendida como soberanía estatal, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía popular, justifica ese poder, ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía internacional, protege lo antes descrito como un “escudo”, y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que da fundamento a la validez del derecho estatal: a partir de la voluntad del Estado. En resumen, gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo por medio de su

¹⁷⁵ Ferrajoli, L. Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparada. Colección temas de la Democracia. México: Instituto Federal Electoral, 2001, p. 21.

¹⁷⁶ Sin lugar para la soberanía. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf [Consulta: 11 de septiembre de 2017], p.18

¹⁷⁷ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, 2000, p. 47

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 50-51.

ordenamiento jurídico.”¹⁷⁹. Es así que no es posible, aun en el reconocimiento de la evolución que puede presentar un derecho común latinoamericano y el indudable aporte de los órganos interamericanos en la protección de los derechos humanos en cada Estado, aceptar sin un análisis mayor la preponderancia de las normas convencionales sin que de forma expresa se le haya dado dicha condición, pasando por alto la potestad normativa que está entregada a determinados órganos con legitimidad democrática para definir obligaciones para el Estado y sus agentes; de allí que sea necesario en nuestra opinión una decisión soberana para dar cabida formal al control de convencionalidad si es que se elige como el mecanismo para dar efectividad a las normas de derechos humanos, recogiendo expresamente su regulación e interacción con otros mecanismos y órganos.

Lo cierto es que “[l]a germinación conjunta del Constitucionalismo y del Estado de Derecho no tuvo un propósito distinto que liberar al ser humano voluntad de castas privilegiadas (en razón de sus capitales culturales, sociales, económicos o simbólicos). La filosofía de la ilustración impulsó la autonomía individual. Sin negar la existencia de potenciales verdades supranormativas negó que aquéllas fuesen cognoscibles monopólicamente por sujetos especiales. Lo que se reprochaba era únicamente esto último. Si todos somos iguales, rezaba el ideario ilustrado, no existen personas más lejanas o cercanas a la verdad. Por lo tanto, nadie la representa ante sus pares y las decisiones que a todos atañen han de ser adoptadas en base a procedimientos específicos, tributarios de la soberanía popular y deudores de la libertad individual. Cuestión incompatible con aquélla confianza en la especial virtud de sujetos que desempeñan la noble función jurisdiccional, pero a quienes no está encomendada explícitamente la función de crear el Derecho. He aquí la justificación moral de la separación de funciones.”¹⁸⁰

La definición de funciones, obligaciones y en general la toma de decisiones está entregada a la soberanía popular, por lo que ni aun en la justificación del cumplimiento del ideal de justicia material que ha sido interpretada por un órgano externo, y no por la ciudadanía o por los órganos con legitimación democrática, pueden definirse nuevas funciones, nuevos

¹⁷⁹ VON BOGDANDY, A. *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual En: VON BOGDANDY, A.; FIX-ZAMUDIO, H.; MORALES, M. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*., México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2014, p.6.

¹⁸⁰ HENRÍQUEZ, M. y NÚÑEZ, J. El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?. En: *Revista Boliviana de Derecho* N°21, Enero 2016, pp. 326-339, p. 338.

mecanismos que no han pasado por los órganos democráticos llamados a tal efecto en razón de interpretar obligaciones que no están definidas expresamente en las normas internacionales. Ello ocurre por ejemplo cuando la Corte IDH ha progresivamente definido la obligación de los jueces y de toda autoridad pública de ejercer el control de constitucionalidad usando como parámetro de control las normas convencionales y la interpretación que ha hecho de ellas como órgano internacional por sobre otras normas internas de todo rango, pero dentro del Estado no ha sido definida la jerarquía de los tratados internacionales o ha sido definida como infraconstitucional; “es el pueblo, en democracia y en un Estado de Derecho, quien separa aguas entre lo justo y lo que no, sin subyugarse a jerarquías culturales ni académicas, sino que definiendo el norte de su propia brújula.”¹⁸¹. Se produce una especie de contraposición, donde el lado de la verdad y de las decisiones razonables en derecho surgen necesariamente del Poder Judicial y no de la ciudadanía que tendría una tendencia a tomar decisiones irracionales, carentes de legitimidad a pesar del debate público que puede preceder de ellas.

Si bien cada Estado parte de la Convención Americana ha aceptado su aplicación y la competencia de la Corte IDH en los casos que digan relación con su interpretación y cumplimiento, dicho acto de voluntad de cada Estado, que sí puede haber tenido origen en la definición de los órganos democráticos, el control de convencionalidad en los términos que lo ha planteado la Corte IDH ha sido un desarrollo jurisprudencial y difícilmente puede ser justificado en la obligación que surge de la aceptación cuando no estaba incluido expresamente al momento de la aceptación de los Estados. Tampoco basta con el fundamento que se le ha dado al control en otras normas de la Convención o en los principios que revisábamos en el capítulo II de esta tesis, por cuanto, no podemos desprender con claridad el otorgamiento de competencia o de obligaciones para ciertos órganos y autoridades de cada Estado que se entienden incorporado en el ejercicio del control de convencionalidad. Dicha definición progresiva del control de convencionalidad y la extensión de sus fuentes, aplicándose para algunos autores las reglas y principios de otros tratados adicionales a la Convención Americana que no necesariamente no han sido ratificados por el Estado afecta no solo la certeza jurídica, sino que también la soberanía y el principio democrático al obligar al Estado y sus órganos a

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 339.

normas que no han decidido democráticamente suscribir¹⁸². Es la ciudadanía la que determina y define las reglas básicas del poder, siendo tarea del constitucionalismo garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o alteración de las normas constitucionales.”¹⁸³

Diferente es la posición de Claudio Nash, para quien a partir de las obligaciones definidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH sobre respeto y garantía de los derechos consagrados en la misma los Estados y en la entrega de la función de intérprete último del tratado a la Corte IDH (artículo 62 de la CADH), el órgano interamericano estaría en condiciones de imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida, “por tanto, no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional, sino que ante excepciones del ejercicio de las funciones que los propios Estados han conferido a los órganos de control, en ejercicio de la soberanía nacional.”¹⁸⁴

La deliberación democrática de la que parece dudar la Corte IDH puede tener condiciones que aseguren una mayor racionalidad y razonabilidad, como mayor información, transparencia e inclusión, la que para Gargarella, no debiera tener límites al menos en asunto de moral intersubjetiva o moral pública como sucedió en Uruguay con los efectos que tuvo la relación con el reproche o castigo estatal¹⁸⁵, ya que por el principio democrático la determinación de la relación de las normas internacionales de derechos humanos con las normas internas, su incorporación al ordenamiento de cada Estado y su aplicación cabe al Poder Constituyente como expresión de la soberanía popular.

El control de convencionalidad se ha extendido con mayor fuerza en materia de impunidad, no solo en Chile, sino que también en otros países de la región, por lo que hay

¹⁸² HENRÍQUEZ Viñas, M. La polisemia del control de convencionalidad interno, En: *24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014, pp. 113-141

¹⁸³ VICIANO – MARTÍNEZ. 2010. ¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. En NÚÑEZ, J. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “black holes & relevations”*, *Ius et Praxis vol.21 no.1* Talca 2015, p. 2

¹⁸⁴ NASH, C. Sistema interamericano de Derechos Humanos y la doctrina del margen de apreciación. En: NOGUEIRA, H. y AGUILAR, G., (comp.) *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago: Editorial Triángulo, 2017, p.222.

¹⁸⁵ GARGARELLA, R. Sin lugar para la soberanía. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf [Consulta: 11 de septiembre de 2017], p. 18.

opiniones que señalan que en este tipo de conflictos no se le debe entregar la decisión al pueblo por mecanismos de democracia directa, “después del legislador, el pueblo también puede 'actuar mal' ignorando las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, la justicia inherente a la lucha contra la impunidad debe vencer los deseos del pueblo en busca de una serenidad democrática falaz por ser amnésica, y eso, por largo que sea el paso del tiempo. Tal política jurisprudencial suscita muchas controversias y discusiones, y algunas han llegado a metamorfosearse en rechazos... Paralelamente a esta aniquilación judicial de las políticas de impunidad, era necesario que la Corte pudiera imponer a los Estados la obligación de perseguir a los autores de violaciones masivas de Derechos Humanos con el fin de que éstos pudieran ser debidamente sancionados. Esta obligación, la Corte la ha sacado a partir de los informes de la Comisión Interamericana que se fundamentaban en el derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad... .”¹⁸⁶

En este dilema podría tener aplicación la doctrina del margen de apreciación nacional, de origen europeo, por la cual se entiende que existe un espacio en donde cada Estado puede definir límites o principios en la aplicación interna de los tratados internacionales, una especie de deferencia internacional que articula o equilibra la tensión entre el poder soberano de los Estados y el control internacional¹⁸⁷, entendiéndose que “en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo duro, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias.”¹⁸⁸ y comprende “la noción de que cada sociedad tiene derecho a cierta latitud en la resolución de los conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre distintas convicciones morales”¹⁸⁹. En otras palabras, el tribunal

¹⁸⁶ GALDAMEZ, L. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, N°1, Santiago, 2014. La autora recoge la opinión de Burgorgue-Larsen al respecto.

¹⁸⁷ CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis* Año 20, N° 2, 2014, pp. 235 – 274, p. 239.

¹⁸⁸ SAGÜES, N. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. En: Ahrens, H. (Comp.) *El Estado de derecho hoy en América Latina*. Libro homenaje a Horst Shönbohm *El Estado de derecho hoy en América Latina* Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, p. 25

¹⁸⁹ BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, en: New York University Journal of International Law and Policy, 1999. En: Contreras, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia

internacional respeta que a nivel interno el Estado pueda tomar ciertas decisiones según el mérito que se defina en el ámbito nacional.

Esta doctrina ha sido adoptada por la Corte Interamericana una única vez¹⁹⁰ en la Opinión Consultiva 4/84 ante la consulta sobre la propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica en materias de nacionalidad por la que se establecía un periodo diferenciado de residencia para adquirirla, señalando que “partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.”¹⁹¹

Sin embargo, esta figura, presenta más dudas que certezas, sobre todo en el sistema interamericano donde no se ha aplicado explícitamente más que el caso que revisábamos en el párrafo anterior y porque varios de los casos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en donde podemos encontrar el uso del margen de apreciación nacional tienen relación con la aplicación de elementos indeterminados relacionados con valores morales¹⁹², y no conocemos la amplitud que debiera tener dicho margen.

Cabe mencionar que las críticas realizadas en este sentido al mecanismo de control no significan una negación de los derechos humanos y la importancia de su respeto, promoción y garantía, lo que es especialmente sensible, sino que tratan de poner en evidencia las dificultades que puede tener la relación de la democracia y los derechos humanos en una interacción compleja, acoplada y no pura de blancos y negros donde no existe espacio para un análisis.

internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis* Año 20, N° 2, 2014, pp. 235 – 274, p. 236.

¹⁹⁰ Otros casos en que la Corte IDH aplicó un cierto margen de apreciación nacional los encontramos en la Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por México donde señala que existiría un margen en la manera de desarrollar las disposiciones del Convenio y, en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica donde se reconoce un escaso margen de las autoridades para desarrollar el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales (párrafo 127 de la sentencia).

¹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, solicitado por Costa Rica.

¹⁹² NASH, C. Sistema interamericano de Derechos Humanos y la doctrina del margen de apreciación. En: Nogueira, H. y Aguilar, G., (comp.) *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago: Editorial Triángulo, 2017, p.221.

3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ESTADO DE DERECHO VERSUS ESTADO JUDICIAL

El juez como guardián de la efectividad de los derechos humanos es uno de los elementos introducidos por el neoconstitucionalismo surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, acompañado de una protección extensiva fuera del texto constitucional. Este constitucionalismo del siglo XXI difumina los límites de la soberanía nacional, hablándose de un Estado postnacional¹⁹³.

En este sentido, bajo el prisma de Núñez, al estudiar las corrientes actuales de los neoconstitucionalismos, en el contexto actual en que el Derecho ha de verse como una práctica social compleja, consistente en decidir casos, justificar aquellas decisiones y producir normas derivadas de preceptos altamente abstractos, el ordenamiento jurídico no es un dato dado de antemano (a la espera de que un jurista teórico o un juez lo sistematicen) sino una actividad en la que teóricos y jueces participan, y no desde afuera. Por eso, se acusa al Neoconstitucionalismo de “reforzar la influencia política de una supuesta ciencia jurídico-constitucional e impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes del estado, poniendo en jaque el principio democrático y la soberanía popular”¹⁹⁴

Es por esto que, la función del juez dentro de un Estado cambiaría, quien “dejaría de aplicar muchas veces con primacía sobre el derecho interno el derecho material internacional o supranacional, desarrollando lo que puede denominarse como un control de convencionalidad que exige una resistemización de las fuentes del derecho en un nuevo orden que dé cuenta de las nuevas relaciones entre los distintos tipos de normas, manteniendo el sistema su coherencia y unidad, debiendo establecerse las reglas de reconocimiento y resolviendo diversos posibles

¹⁹³ AGUILAR, G. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: ¡juntos pero no revueltos!. En. NOGUEIRA, H- y AGUILAR, G. (Coord.) *Control de Convencionalidad. corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago: Editorial Triángulo, 2017, p.67

¹⁹⁴ NÚÑEZ, J. Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘ Black holes & Revelations”, *Ius et Praxis* 21, no 1, Talca, 2015, p. 335.

conflictos en base a los principios de subordinación, competencia, aplicación preferente o favor persona.”¹⁹⁵

Dicho lo anterior, surge el cuestionamiento sobre qué tan problemático sería el cambio de paradigma en la labor del juez bajo esta postura, y si nuestro ordenamiento jurídico nacional puede soportar dicha cuestión. Pues bien, cabe recordar, y cómo se esbozó en el Capítulo II supra, que los artículos 6 y 7 de la CPR establecen los principios de supremacía constitucional y de legalidad, que configuran, entre otros, el cúmulo de facultades y competencias que los distintos estamentos del Estado poseen, además de plasmar un límite general a éstos. En este sentido, el problema de la facultad otorgada a los jueces bajo la mirada neoconstitucionalista, como de la jurisprudencia de la Corte IDH, es que las reglas no están contenidas expresamente en la Constitución, por lo que legítimamente se teme que sean dominadas al parecer y según la ideología de cada juez, en una aproximación propia a su ideal de justicia. Esto se da principalmente en la faz interna del control de convencionalidad, que le correspondería, a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte IDH, a toda autoridad del Estado *ex officio*, puesto que nuestro ordenamiento jurídico nacional, en lo que al derecho público se refiere, obliga a todos los órganos del Estado respetar el principio de legalidad, según el artículo 6 de la Constitución.

En estos términos, y como lo menciona Silva¹⁹⁶, no resulta posible entender que “faltando leyes internas (a fuer de las normas internacionales según se ha dicho), baste la sola jurisprudencia de la Corte para dar una competencia como la que conlleva el control de convencionalidad interno, por mucha “interpretación mutativa por adición” que se invoque para justificarla. Ello, no sólo porque resulta más que discutible que la Corte tenga la facultad para otorgar de manera directa este tipo de poder, según se ha dicho, sino, además –y a nuestro juicio, es de la máxima importancia–, en virtud del principio de legalidad propio del Derecho Público, pues en caso contrario, la Corte estaría dándose dicha prerrogativa a sí misma”. Continúa el autor señalando que, a estos efectos, el principio de legalidad tiene una doble mirada, internacional y nacional, siendo requisito de la primera que, “el control de convencionalidad interno debiera estar establecido expresamente en la Convención Americana (sobre todo si se

¹⁹⁵ NOGUEIRA, H. El impacto del control de convencionalidad en las fuentes del derecho chilenas. En: OVANDO, I. (Comp.), *Estudios constitucionales y parlamentarios. En homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, Santiago: RiL Editores, 2017, p. 77

¹⁹⁶ SILVA ABBOT, M. Control de convencionalidad interno y jueces locales: Un planteamiento defectuoso, *Estudios Constitucionales* 14, no 2, Santiago, 2016, p. 108.

toma en cuenta su enorme importancia), cosa que evidentemente no ocurre; y aunque para cierta doctrina se encontraría implícito en ella, resulta claro que su origen y desarrollo –al parecer aún inconcluso– ha sido jurisprudencial, según se ha dicho”.¹⁹⁷ A ello se suma la aceptación expresa que debe tener la cláusula. Es así que en el ordenamiento chileno de aceptarse el control de convencionalidad se debieran haber realizado las modificaciones internas necesarias para su ejercicio, pensando, como dice el autor, que es en las normas de Derecho Público en que debe fundarse, lo que no ha ocurrido, por lo que se torna difícil encontrar una base jurídica que justifique la aplicación del control.

Esta facultad otorgada a los jueces nacionales por un órgano externo sobrepasa lo que ha sido definido por nuestra propia Constitución en cuanto a las funciones del juez, debiendo hacer un control no solo de leyes, sino que también de normas convencionales, instaurando un control difuso de convencionalidad¹⁹⁸. Como es sabido, nuestro país posee un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las normas y la vinculación de los tribunales de justicia a la ley es expresión del Estado de Derecho, por lo que justificar la inaplicabilidad de una norma interna o la facultad de disponer la invalidación de ésta fundado en el control de convencionalidad cuando ello no ha sido aceptado por nuestro ordenamiento de manera expresa resulta difícil de sostener. A ello debemos agregar que, como ya revisamos, la norma del artículo 5° inciso segundo de la Constitución establece un deber de respeto y garantía de derechos fundamentales y derechos humanos, por lo que jueces nacionales a través de la función de tutela judicial pueden aplicar el derecho internacional convencional como norma infraconstitucional, pero siempre considerando que la vinculación a la ley es primaria y fundamental.¹⁹⁹

Así, los tribunales nacionales pueden, por supuesto, utilizar las normas convencionales para mejorar los estándares de protección de derechos humanos (como revisamos en la introducción, esto ha sido aplicado en varias materias de manera exitosa), afirmar lo contrario sería negar por completo la efectividad de las normas a las que Chile se ha obligado, pero como

¹⁹⁷ Ibid., 107–8.

¹⁹⁸ HENRÍQUEZ Viñas, M. La polisemia del control de convencionalidad interno, En: *24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014.

¹⁹⁹ ZÚÑIGA, F. Comentario a la sentencia “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicanas”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, p. 464.

complemento infraconstitucional y de aplicación preferente y en caso de contradicción dar tratamiento como conflicto de fuentes.

3.4 CERTEZA JURÍDICA Y COHERENCIA INTERNA

La extensión otorgada por el control de convencionalidad a sus aplicadores es tan amplia que se ha dicho que el juez nacional puede también realizar una interpretación más allá del desarrollo de la Corte IDH o una interpretación innovadora, en aras de otorgar mejor protección a los derechos humanos en el caso concreto.

La Corte IDH en virtud de los efectos del control de convencionalidad, entiende que “los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*²⁰⁰, por ser no solo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno. Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos deja de aplicar el derecho convencional que asegura los derechos fundamentales, está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, siendo un acto contrario a derecho, un acto que vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado, en cuando el juez, es un agente del mismo Estado, es el Estado juez.”²⁰¹

En esta línea, las normas convencionales son aplicables en el ordenamiento nacional siempre que no requieran una complementación o medidas adicionales de especificación, es por esto que se requiere que sean suficientemente precisas, mientras que su rango jerárquico dependerá exclusivamente de la solución constitucional a la que cada Estado haya llegado.

Si en un principio pudiera postularse que las dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno no se producen por ser el tratado internacional que ha sido ratificado por el Estado, el problema surge si también se consideran los fallos y opiniones de la Corte IDH como fuentes aptas para ser normas directamente

²⁰⁰ El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio aun cuando las partes no la invoquen. Nota original del autor.

²⁰¹ NOGUEIRA, H. El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales. NOGUEIRA, H- y AGUILAR, G. (Coord.) *Control de Convencionalidad. corpus iuris y ius commune interamericano*, Santiago: Editorial Triángulo, 2017, p.29

aplicables por los tribunales nacionales en cada Estado parte, interpretación extensiva de lo que deben cumplir como parte del ejercicio del control de convencionalidad.

Sobre lo mismo, se ha señalado que “la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de las personas como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos y modificó algunos existentes, (...), intensificó el valor de la jurisprudencia y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los Estados como reparación de una violación de la Convención Americana”.²⁰² Es por esto que el problema radica en que, en cada sentencia la Corte Interamericana de manera progresiva fue transformando y extendiendo la Convención, lo más llamativo en lo referido a la competencia y las funciones de órganos que se definen por la normativa interna de cada Estado, cuestión que resulta incompatible con nuestro ordenamiento jurídico nacional, como se vislumbró en el acápite anterior.

Y no resulta solo en una cuestión de legalidad, la que para algunos se encuentra subsanada por interpretación de sendas normas constitucionales²⁰³, sino que además plantea una “problemática que se amplifica en sistemas que no tienen resuelta - normativamente, ni a nivel de cultura jurídica - la capital cuestión referida a la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, pues constituye un evidente sinsentido que aplicadores de normas eventualmente infraconstitucionales erijan una norma de reconocimiento elaborada a partir de preceptos subordinados al Derecho interno.”²⁰⁴ El problema surge cuando por dar preponderancia a la justicia material como argumento al dejar de aplicar el Derecho vigente “es un arma de múltiples filos que ha sido esgrimida tanto por virtuosos estandartes, como por las más crueles tiranías. De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones.”²⁰⁵

Así, es la certeza jurídica un elemento central en la valoración, positiva o negativa, del control de convencionalidad en nuestro país, pues ante los criterios establecidos por la Corte IDH, en que el parámetro se ha extendido constantemente estableciendo límites, a lo menos,

²⁰² Ibidem, p. 604

²⁰³ Véase 3.2.1.

²⁰⁴ HENRÍQUEZ, M. y NÚÑEZ, J. El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? En: *Revista Boliviana de Derecho* N°21, Enero 2016, pp. 326-339, p. 339

²⁰⁵ Ídem.

difusos, es necesario establecer un criterio decisor en cuanto a la aplicación irrestricta de los planteamientos del órgano internacional, por lo que la confianza legítima en el ordenamiento jurídico nacional, debido a la correcta protección y aseguramiento de garantías fundamentales establecidas en la CPR, se configura como un pilar necesario ante un juez cada vez más activista, sobre el cual no existe control ni solución alguna. Ahondan Henríquez y Núñez, al analizar los efectos propios del control de convencionalidad, al establecer que “mención especial merece la curiosa posición de la Corte acerca de los efectos del control de convencionalidad en su faceta “no interpretativa”. Anular, invalidar e inaplicar son efectos jurídicos que obedecen a circunstancias completamente disímiles que revelan clases diversas de anomalías normativas o distintos regímenes de invalidación. Problema crítico, pues un control normativo ha de generar certeza en la depuración que efectúe sobre sus prescripciones subordinadas, no ambivalencia conceptual ni fáctica”²⁰⁶.

En suma, ante la falta de criterios establecidos fehacientemente, como sucede con el *corpus iuris* que pareciera tener una extensión ilimitada, como de la ausencia de normas claras de competencia, se producen vicios de coherencia con nuestro ordenamiento jurídico, como también, e incluso en mayor forma, de certeza jurídica, al poseer libertades sin un contrapeso real los jueces en el conocimiento de asuntos cuyo posible factor de decisión sea el control de convencionalidad, puesto que dicha herramienta *ex officio*, y con una supuesta legitimación amplia de facultades para los jueces e, incluso, toda autoridad que participe en este tipo de decisiones, provoca otro descalabro en nuestro ordenamiento, el que se analiza a continuación.

3.5 APLICACIÓN EN SISTEMAS DE CONTROL CONCENTRADO DE NORMAS

La Corte IDH, en simples palabras, ha planteado el deber de los jueces (y otras autoridades) de ejercer el control de convencionalidad *ex officio*, confrontando la norma interna con la internacional, teniendo como objetivo de dicho examen la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Parte de la doctrina sienta la tesis del control de convencionalidad a realizar por los jueces nacionales como control difuso, o desconcentrado, vale decir, que resultaría obligatorio para todos ellos.

²⁰⁶ *Ibid.*

Ahora bien, cómo problematiza Sagües, ¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial *no* habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, solamente a su Corte Suprema, o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema? (control total o parcialmente concentrado: con ciertas variantes, casos del Uruguay, México o Costa Rica, v. gr.)²⁰⁷: Este es el caso chileno, pues como se verá, el Tribunal Constitucional es el que detenta las facultades de constitucionalidad represiva de las normas del ordenamiento jurídico interno, las que ejerce de manera concreta (inaplicabilidad por inconstitucionalidad) o abstracta (acción de constitucionalidad), según dependa el caso²⁰⁸.

Debemos reiterar que este control interno debe realizarse en el marco de las debidas competencias de cada operador de justicia, como la Corte IDH lo ha reiterado en *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, de manera que, si no ejerce el control concentrado de constitucionalidad, no puede expulsar una norma inconvencional del sistema normativo interno, pudiendo solo inaplicarla. Además, no debe confundirse el control de convencionalidad con la obligación de cumplir las sentencias que emanan de la Corte IDH, obligación esta última que nace de lo señalado en el artículo 68.1 de CADH. Es cierto que el control de convencionalidad cumple una función de no repetición, pero esto dice relación con la obligación de garantía y no de cumplimiento.

Siguiendo el punto sobre el control de convencionalidad con carácter difuso, los profesores Tomislav Bilicic y Williams Valenzuela²⁰⁹ hacen una severa crítica al control de convencionalidad, indicando que configura una inaplicabilidad encubierta, o a lo menos es la puerta de entrada al control difuso de constitucionalidad que podría ser ejercido por todos los tribunales de justicia, reviviendo la vieja discusión de que si los tribunales ordinarios de justicia,

²⁰⁷ SAGUES, N. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, V.8, N° 1, Santiago, Chile.

²⁰⁸ BRAZ RODRIGUEZ, El carácter concreto del recurso de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, En: HENRIQUEZ VIÑAS, M. *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*, Santiago: Librotecnia, 2011, pp. 220-221.

²⁰⁹ BILICIC, T. “Control de Convencionalidad interno o difuso: bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena”. En *Diario Constitucional*, Santiago, Chile, 25 de agosto de 2012. Visita en www.diarioconstitucional.cl el 2 de enero de 2013.

por aplicación del Art. 6° de la CPR de 1980, pueden efectuar o no control de constitucionalidad de la ley²¹⁰.

En respuesta a dicha observación, debe señalarse que la propia Corte IDH ha dicho que el control de convencionalidad debe ser efectuado de acuerdo a sus facultades del derecho interno, que en el caso de Chile, por lo que, al existir un control concentrado de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional, los jueces internos jamás podrían, a través del control difuso de convencionalidad, expulsar del sistema normativo una ley, sino solamente dar aplicación preferente al tratado internacional a través de la hermenéutica y los principios respectivos, posturas que se observarán en los acápites infra. Aunque la Corte IDH no resuelve explícitamente la incógnita, la misma sentencia de "Trabajadores cesados del Congreso" alude que para practicar el "control de convencionalidad", a la satisfacción de los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, todo ello "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes". Cabría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de "convencionalidad", deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad. Además, en la sentencia dictada en el caso "Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile", la CIDH hace de cargo de los órganos legislativos la adecuación de la ley a las responsabilidades²¹¹.

Lo ya expuesto, y seguido a la jurisprudencia que a continuación se analizará, nos lleva a concluir que, tal y como señala Silva Abbot, parece algo contradictorio que la Corte IDH señale que es obligatorio realizar un control de convencionalidad, por todos los jueces de un Estado *ex officio* y, al mismo tiempo, exija que dicho control deba someterse a las respectivas

²¹⁰ ALDANA, C. *El control de convencionalidad por el juez interno en causas de derechos humanos análisis jurisprudencial. Tesis para optar al grado de magíster en derecho*. Concepción: Universidad de Concepción, 2013, pp58

²¹¹ ALDANA, C. *El control de convencionalidad por el juez interno en causas de derechos humanos análisis jurisprudencial. Tesis para optar al grado de magíster en derecho*. Concepción: Universidad de Concepción, 2013, pp. 58-59.

competencias y regulaciones procesales correspondientes, porque entre ambas puede existir una clara incompatibilidad.²¹²

3.6 PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE: DESACUERDOS EN TORNO A LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL NACIONAL.

Los conflictos y problemas que se han identificado en los párrafos precedentes no se mantienen solo en el plano doctrinario, sino que también se ven reflejados en las decisiones que toman la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, cada uno con una interpretación diferente y un grado de aplicación disímil sobre el control de convencionalidad, lo que refuerza que el ejercicio de este mecanismo no es pacífico.

A continuación, revisaremos algunas sentencias de cada uno de dichos tribunales de los últimos años que recogen tanto de manera positiva como negativa la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y en particular del control de convencionalidad.

3.6.1 Tribunal Constitucional.

Antes de analizar las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el control de convencionalidad, cabe preguntarse, en primer lugar, si dicho tribunal se encuentra facultado por la ley para ejercer dicho control en el ordenamiento interno, por ejemplo, en conjunto con el control de constitucionalidad. Nuestra Carta Fundamental regula las funciones del Tribunal Constitucional en los artículos 92 y siguientes, en especial, el artículo 93 N°6 a que define como atribuciones del Tribunal “resolver las cuestiones que se susciten sobre la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”, por lo que es el órgano en nuestro sistema para inaplicar o invalidar normas.

²¹² SILVA ABBOT, M . Control de convencionalidad interno y jueces locales: Un planteamiento defectuoso, *Estudios Constitucionales* 14, no 2, Santiago, 2016, p113.

Sumado a ello, el parámetro del control de constitucionalidad corresponde a la Constitución, ¿cómo agregar el parámetro de las normas convencionales y del *corpus juris* interamericano cuando el mismo tribunal les ha reconocido rango supra legal y no constitucional?²¹³ Una posible respuesta para parte de la doctrina podría ser la tesis del bloque constitucional de derechos justificado en la norma del artículo 5° inciso segundo, por la cual se incorporarían de manera inmediata y directa las normas convencionales de derechos humanos. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional ha descartado esa posibilidad en una de sus sentencias por el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad realizado por un juez de familia por una posible contravención con el artículo 7° de la Convención Americana sobre la prohibición de prisión por deudas, sin que se individualizara algún precepto constitucional que se considerara transgredido. En particular, la sentencia comentada señala que:

“SEXTO: Que, al igual que todos los órganos del Estado, este Tribunal Constitucional está compelido a obrar “dentro de su competencia”, como lo indica el inciso primero del artículo 7° de la Carta Fundamental. No le es permitido, por ende, ampliar unilateralmente su esfera de atribuciones, para extenderla a reglas de contexto insertas en su plexo normativo, cuya violación no se alegó.

En esta línea argumentativa, cabe recordar que el sostenedor de la inaplicabilidad no invocó la eventual vulneración del artículo 5° constitucional, cuyo inciso segundo define el deber de los órganos del Estado de “respetar y promover” los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados ya sea en la Constitución como en “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Tal omisión se yergue como un obstáculo para que esta entidad de justicia constitucional pueda subrogarse al requirente, asumiendo una legitimidad activa oficiosa que el constituyente no le ha reconocido (...)

OCTAVO: Que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieren

²¹³ Principalmente en la sentencia del Tribunal Constitucional STC Rol N° 346 sobre la Corte Penal Internacional

dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.”²¹⁴

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha optado por utilizar los criterios de interpretación constitucional para solucionar posibles conflictos y dar una aplicación armoniosa de las normas que contienen garantías sobre derechos humanos. En este sentido ha señalado que:

*“DÉCIMOQUINTO: Que el conflicto normativo que se discute ante este Tribunal no implica necesariamente una derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado o una contravención per se de normas constitucionales, pues mediante un uso adecuado de los principios de hermenéutica constitucional y legal es posible llegar a conclusiones que, respetando el real sentido y alcance de los preceptos de la convención bilateral, que se invoca, sean armónicas con otras normas legales del Derecho Chileno y con la Constitución en su conjunto. No existe, de esta manera, un problema de constitucionalidad –oposición sustantiva de la ley a la Constitución-, sino de contraste entre un tratado internacional vigente y una ley nacional, que corresponde calificar y decidir al juez de la instancia.”*²¹⁵

3.6.1.1 Primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional: sentencias Rol N°2794-15 de 12 de mayo de 2016 y Rol N° 2874-15 de 15 de noviembre de 2016.

Ahora, en particular sobre el control de convencionalidad, cabe señalar que no existen menciones expresas del ejercicio de compatibilidad teniendo como parámetro el *corpus iuris* con la denominación de “control de convencionalidad”, sino hasta el año 2016 cuando en dos sentencias relacionadas con la competencia de la justicia castrense y la constitucionalidad de algunas normas del Código de Justicia Militar (CJM), hace mención al mecanismos que estudiamos, aun cuando en algunas causas los requirentes solicitaban el examen de

²¹⁴ Tribunal Constitucional. Causa Rol N° 2265-12, sentencia de 12 de noviembre de 2013.

²¹⁵ Tribunal Constitucional. STC de 28 de diciembre de 2007, rol 807-07.

compatibilidad directamente con norma convencional o haciendo referencia expresa al control de convencionalidad.

La primera sentencia causa Rol N°2794-15 se refiere a la aplicación de artículo 5°, N°3 del CJM sobre una resolución rechazando cuestión de competencia inhibitoria para que el asunto pudiera ser revisado en sede penal común, ya que según los requirentes los delitos no habían sido cometidos con ocasión de servicio, por ser contrarios a los artículos 1 y 19 N°3 de la Constitución en relación con el artículo 5° de la misma. Señala la sentencia que ha sido tendencia doctrinal y jurisprudencial del último tiempo hacia una mayor democracia la restricción de la jurisdicción penal militar respecto a la comisión de delitos comunes, pero que ello escapa a un juicio constitucional y en lo que nos interesa, indica expresamente bajo el título de “la perspectiva constitucional y convencional: situación de la justicia militar en Chile en abstracto y en concreto” que:

“TRIGESIMOSÉPTIMO: Que la normativa internacional aludida, como es sabido, generó responsabilidad internacional del Estado de Chile, especialmente desde el caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”, de la Corte IDH, de fecha 22 de noviembre de 2005, reprochando al Estado de Chile la vulneración del derecho a ser oído por un juez o tribunal (naturalmente) competente, además de independiente e imparcial y, consecuentemente, el derecho a la protección judicial. En la misma línea y conforme a la noción de control de convencionalidad, con sus características y situación propias, cabe considerar además el caso “Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos”, de la Corte IDH, de fecha 23 de noviembre de 2009. Asimismo, inter alia, el caso “Gelman Vs. Uruguay “, de la Corte IDH, de fecha 24 de febrero de 2011.

Sea cual fuere el valor jurídico que se le reconozca a estos pronunciamientos en Chile, el hecho es que se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile en esta materia, y ello ha provocado cambios legislativos y un paulatino esfuerzo institucional hacia el acercamiento de la justicia militar chilena a los parámetros internacionalmente exigibles.

Con todo, una evolución en ese sentido, en favor de las personas o de progresividad, es decir, un mejoramiento o progreso en esa orientación, no significa necesariamente que lo existente a nivel legal en forma previa haya sido y deba ser declarado inconstitucional. Existen otros mecanismos institucionales que permiten dar cabida a tales estándares, ya que la

Constitución chilena es permeable a los mismos, aunque no tengan igual jerarquía, atendido lo dispuesto en el artículo 5º, inciso final, en relación al respeto por el Estado de los derechos garantizados por tratados internacionales vigentes; además del artículo 19 N° 26, respecto al deber del Estado de no afectar (vulnerar) la esencia de los derechos al regularlos por ley.

En suma, la declaración de inaplicabilidad no es la única manera de proteger tales derechos y, como tal, es un recurso de ultima ratio, que solo puede utilizarse cuando no exista otro medio jurídico eficaz disponible.”

Esta mención sin embargo sigue siendo mezquina con el control de convencionalidad, ya que solo se limita a señalar que los tratados internacionales no tienen jerarquía constitucional y que los pronunciamientos de la Corte Interamericana son valiosos por los avances y modificaciones que han permitido mejores garantías en nuestro país y no significó que las normas que fueron objeto del recurso fueran revisadas bajo el lente del control y del parámetro de la Convención de manera directa. El recurso finalmente es rechazado por no haberse generado aun una genuina cuestión constitucional.

Posteriormente y sobre una materia similar, el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse haciendo mención expresa al control de convencionalidad en la sentencia de la causa Rol N° 2874-15 de 15 de noviembre de 2016 en la cual los requirentes solicitaban la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 3º, número 2º, 5º números 2º y 3º, y 133 inciso primero del Código de Justicia Militar en causa penal militar sobre delito de hurto y detención ilegal donde la víctima, un camarógrafo, se querelló en contra de Carabineros ante el Tribunal de Garantía de Valparaíso, el cual no aceptó su competencia por vía de declinatoria, remitiendo los antecedentes a la Fiscalía Militar. La inconstitucionalidad que se estimaron infringidos alegados fueron los artículos 1º, inciso primero, 4º, 6º, 19 N°2, inciso primero, 3º incisos primero, cuarto, octavo y final y, N° 26, artículos 76, 77, incisos primero y 83, inciso segundo, de la Constitución Política.

Si bien en la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no se hizo referencia a normas del derecho internacional, el Tribunal Constitucional inicia su sentencia analizando la receptividad de dicha Magistratura con los estándares fijados por la Corte IDH sobre jurisdicción militar. Señala en primer lugar que existen tres líneas de decisión, dos nítidamente opuestas, sobre la recepción de los parámetros latinoamericanos presentes en la jurisprudencia

constitucional, siendo la tercera de ellas remite la decisión operativa de la materia en conocimiento a los tribunales ordinarios del Poder Judicial y es la razón por la que la posición mayoritaria en la sentencia se ha inclinado a rechazar el recurso, compartiendo aun así los mismos criterios restrictivos sobre la jurisdicción penal militar de la Corte IDH.²¹⁶

Continúa el Tribunal Constitucional analizando una cuestión que en sus palabras ha sido propuesta de manera reiterada por vía de recurso de inaplicabilidad, señalando que más allá del delito militar en sentido estricto, se debe revisar si para delitos por naturaleza comunes se vulnera o no los elementos orgánicos y funcionales constitucionalizados del debido proceso, en especial la garantía referente al juez natural, y el derecho a defensa. Y agrega que “tal cuestión constitucional puede ser, en muchos aspectos, coincidente con aquellas que han sido resueltas a su vez por la Corte IDH vía control de convencionalidad auténtico, no solo en los tres casos procesales penales en que se ha condenado internacionalmente al Estado de Chile (cuales son: Palamara Iribarne Vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005; Almonacid Arellano Vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006; Maldonado Vargas Vs Chile, de 2 de septiembre de 2005) sino también en sentencias que han afectado directamente en otros países.”²¹⁷

Como puede notarse, el Tribunal hace referencia al control de convencionalidad en sede externa, es decir, el realizado por la Corte IDH, señalando que dicho órgano ha tenido en variadas ocasiones oportunidad de pronunciarse sobre el conflicto que se genera por el conocimiento de delitos comunes en sede castrense, es más, cita jurisprudencia de la Corte IDH sobre la garantía del juez natural del caso Castillo Patruzzi Vs. Perú y lo equipara al estándar acogido a nivel de derecho interno en el artículo 2º del Código Procesal Penal como presupuesto del debido proceso. Continúa recogiendo los criterios sustantivos de la Corte IDH al respecto que han sido expresados en el caso Palamara²¹⁸, estándares que el mismo Tribunal señala que solo en dos casos ha recibido de manera explícita por medio de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (rol N° 2492-13 y 2493-13)²¹⁹, pero considerado como una cuestión constitucional. Los estándares definidos por la Corte IDH aparecerían ante la falta de definición

²¹⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol STC N° 2874, considerando segundo.

²¹⁷ *Ibidem*, considerando tercero.

²¹⁸ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 124-126

²¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol STC N° 2874, considerando noveno

de los asuntos que corresponden de manera exacta que sean conocidos por los tribunales militares en tiempos de paz, lo que se armonizaría con el artículo 5° inciso segundo.

En efecto, el tribunal señala que: “Todo ello, además, se armoniza con el artículo 5° inciso segundo, de la Constitución, que admite la recepción interna de los tratados internacionales de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile, aunque sin definir explícitamente la cuestión de su jerarquía, cuestión esta última que ha suscitado ciertas dificultades.”²²⁰

Ahora bien, el Tribunal que en otra posición que ha sido mayoritaria en más ocasiones (roles N° 2794-15, 2399-13, 2363-12 y 1029-08) ha seguido una línea jurisprudencial constitucional más bien refractaria al reconocimiento de estándares emanados de la Corte IDH y “al parecer ello se relaciona tácitamente con la forma de entender el sistema de fuentes del derecho y la autonomía y soberanía de los tribunales nacionales”²²¹, pero sin que ello signifique que los criterios emanados de la Corte IDH sean rechazados explícitamente en cuanto tales ni en su contenido sustantivo. Concluye la sentencia indicando que “cabe concluir que constitucionalmente, en Chile, hay discrepancia sobre el ajuste del sistema de jurisdicción penal militar a los estándares internacionalmente exigibles, particularmente desde el caso PALAMARA y la supervisión de su fallo. Pero gradual y paulatinamente se avanza en ese sentido, con fuertes resistencias también fundadas en la Constitución.”²²²

La acción fue finalmente rechazada por el Tribunal Constitucional, pero más allá de la decisión final, dicha Magistratura hace mención expresa a la dificultad y al desacuerdo en torno a la forma de aplicación del control de convencionalidad y la relación de los tratados internacionales con el derecho interno en nuestro ordenamiento jurídico, barrera que se encontraría en la misma Constitución al decir las “fuertes resistencias” se encontrarían fundadas en la Carta Fundamental, más aun cuando ésta no ha regulado de forma explícita y clara el valor del rango de los tratados internacionales ni la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH que son contenedoras de estándares.

²²⁰ Ídem.

²²¹ Ibídem, considerando décimo primero.

²²² Tribunal Constitucional. Sentencia Rol STC N° 2874, considerando décimo cuarto.

3.6.1.2 Apertura al derecho internacional de los derechos humanos sin el control de convencionalidad.

Con fecha 27 de marzo de 2017 el Tribunal Constitucional se pronuncia por tercera vez de manera expresa sobre el control de convencionalidad en lo que parece una evolución hacia una mayor apertura hacia los estándares internacionales de derechos humanos.

El caso se refiere a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.126, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; y del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798 sobre control de armas. La gestión pendiente que da origen a la acción consistía en una causa penal por el presunto delito de porte ilegal de armas y el conflicto constitucional alegado por el requirente estaría dado por la contravención a los artículos 1º; 19 numerales 2º y 3º, inciso sexto de la Constitución Política y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar sin fundamentos ni finalidad definida por el legislador.

En lo que nos interesa, en la parte de la sentencia sobre las consideraciones por rechazar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 17 B inciso segundo de la Ley N° 17.798 (voto de mayoría), señala que el requirente que impugnaba la norma planteó dos cuestiones de constitucionalidad y convencionalidad, las que “estando vinculadas, admiten tratamientos diferentes.”²²³. En particular sobre el control de convencionalidad, el Tribunal señala que:

“CUARTO: Que valga explicitar, como criterio adicional de identificación del conflicto constitucional, que el requirente no estimó infringido el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución, en circunstancias que expresa que se estiman vulnerados diversos preceptos convencionales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe constatar que el referido artículo 5º, inciso segundo, cumple una función constitucional de desarrollar la estructura de apertura y conexión entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No existiendo una habilitación competencial directa para la aplicación del control de convencionalidad, la aplicación del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos

²²³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol STC N° 3095-16, considerando segundo.

Humanos permite pronunciarse en esta sede constitucional, en la medida que se reproche la infracción al aludido artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Lo anterior, no impide, por cierto, que la segunda parte de esta sentencia, en lo que respecta a la impugnación del artículo 17 B, inciso segundo de la Ley N°17.798, extienda su argumentación a un examen de normas y criterios provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según identificaremos.”

Llama la atención que este mismo considerando se repite en otras 9 sentencias con exacta redacción, todas dictadas con fecha 27 de marzo de 2017 y que tienen origen en distintos requerimientos de inaplicabilidad presentados por abogados de la Defensoría Penal Pública sobre gestiones pendientes de tribunales de juicio oral en lo penal que se desarrollaban en diversas ciudades del país, donde las normas impugnada en todos los casos eran el inciso segundo del artículo 1 de la Ley N°18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N°17.798.²²⁴

El Tribunal Constitucional en dichas sentencias de todas formas utilizó solo criterios constitucionales para decidir sobre la idoneidad de la norma con el test de proporcionalidad y los fines constitucionales de las penas, sin que vuelva a mencionarse el control de convencionalidad o las normas de la CADH para fundar su decisión. Aun así, del considerando transcrito podemos extraer que el Tribunal Constitucional no considera directamente aplicables las normas convencionales de tratados internacional de derechos humanos, así como tampoco considera que exista en la Constitución una norma que de manera expresa otorgue competencia a dicha Magistratura para poder aplicar el control de convencionalidad. Sin embargo, en virtud de la obligación de adoptar las medidas de derecho interno o de otro carácter del artículo 2 para hacer efectivos y libertades contenidos en la Convención, el Tribunal se habilita para pronunciarse sobre las normas contenidas en tratados sobre derechos humanos siempre y cuando se haga desde el artículo 5° inciso segundo de la Constitución como norma de conexión con el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, el Tribunal Constitucional rechaza expresamente la aplicación del control de convencionalidad, el que no encontraría fundamento normativo en la Constitución, sin que ello

²²⁴ Las sentencias corresponden a los roles N° 3062-16, 3109-216, 3120-16, 3134-16, 3172-16, 3173-16, 3174-16, 3185-16 y 3187-16.

signifique un abandono de los estándares y criterios definidos por las normas convencionales o las interpretaciones que han hecho los organismos internacionales encargados de interpretarlas. En efecto, esta interpretación pareciera ser un giro hacia la aplicación del artículo 5° inciso segundo, ya no como una norma de promoción y respeto de los derechos humanos que anotábamos anteriormente al analizar la jerarquía, sino que de “apertura y conexión” de dichas normas con el derecho interno. De todas formas, no es posible dar una interpretación inequívoca sobre esta consideración del Tribunal Constitucional, puesto que no hubo aplicación de las normas de derechos humanos al no haber sido impugnada la norma constitucional el artículo 5°, sino que las normas de la CADH y del PIDCP directamente.

3.6.2 Corte Suprema

Se ha esbozado que los Tribunales Superiores de Justicia, en específico la Corte Suprema, son más proclives a la aceptación y aplicación del control de convencionalidad en nuestro país, incluso utilizando éste, sin expresa mención, desde el año 2004 para la resolución de casos relacionados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos perpetradas en la dictadura militar²²⁵. Ante esto, es posible entender al menos dos periodos en que la jurisprudencia ha sido, a lo menos, vacilante en la materia, pero que igualmente cabe mencionar mediante algunos ejemplos.

3.6.2.1 Control de Convencionalidad Implícito: Interpretación de normas internas sin referencia a la normativa internacional

Bajo la mirada de Aguilar²²⁶, existen dos sentencias claves para entender el origen de la aplicación del control de convencionalidad implícito en nuestro país, previo a las sentencias donde aparece mencionado expresamente, entendido éste como “aquel en el que el juez nacional efectúa de facto un control de la norma interna conforme al parámetro de la norma convencional y/o de la interpretación auténtica de la misma, pero no alude expresamente a la norma

²²⁵ NÚÑEZ, C., *Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile*, Santiago: Librotecnia, 2016.

²²⁶ AGUILAR CAVALLO, G. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. comentario a la sentencia de la corte suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012 *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, Santiago, 2012, pp. 717 - 750., p. 731.

convencional o a la jurisprudencia internacional que utiliza²²⁷, siendo éstas la referida al caso Sandoval, autos de ingreso N° 517-2004, y el caso Molco, autos de ingreso N° 559-2004.

Al respecto, el primero de los fallos mencionados se refiere al secuestro calificado en la persona de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, a contar desde el 11 de enero de 1975, en que los condenados interponen sendos recursos de casación en contra de la sentencia autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago. La sentencia señalada marca un hito en la aplicación y reconocimiento del derecho internacional en lo que ha secuestro o desaparición forzada de personas se refiere, siendo citada luego en el caso *Gelman vs Uruguay* por la Corte IDH²²⁸. Pero no es sólo eso, sino que sustenta su argumentación, sin reconocer aplicación directa, en Convenciones Internacionales que aún no habían sorteado todos los trámites de ratificación en el Congreso Nacional, pero que, si tenían vigencia internacional, según se señala a continuación:

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, y que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

Luego, plantea en la discusión, la vigencia a la fecha de los Convenios de Ginebra, los que generan una serie de obligaciones al Estado de Chile, dada la situación acaecida en la década de los 70, cuestión que no sucedió en el caso en comento:

TRIGÉSIMO CUARTO: (...) Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del

²²⁷ Íbid. Por su parte, el control de convencionalidad explícito es aquel en que el juez nacional reconoce y se refiere expresamente a la norma convencional y a la interpretación de autoridad que está utilizando como parámetro de control.

²²⁸ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, párrafo 216

diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que, en toda circunstancia, los inculcados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

Por último, el considerando trigésimo quinto, sin mencionarlo, plantea la preeminencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, llegando a entender, de manera poco clara, incluso una posible jerarquía constitucional, lo que demuestra una vez más la jurisprudencia vacilante de nuestro máximo tribunal en la materia.²²⁹

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio,

²²⁹ GALDAMEZ, L. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 12 N° 1, Santiago, 2014. p. 334.

especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.

En segundo término, el caso Molco se refiere a los sucesos ocurrido en el fundo Molco Choshuenco, en la comuna de Panguipulli, en el homicidio premeditado de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, (M.I.R.), Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres. Esta sentencia recoge los criterios establecidos por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, estableciendo a juicio de Nogueira, una línea jurisprudencial en la materia²³⁰.

Si bien, como se acaba de expresar, se menciona la aplicación de los criterios de la Corte IDH, es relevante citar el considerando décimo tercero de dicha sentencia, en el que la CS reconoce la posible aplicación de normas de derecho consuetudinario en nuestro país, cuestión no reconocida en muchas ocasiones.

13°. Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurran los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados como elemento material de ésta y la opinio iuris internacional.

Luego, los considerandos 21 y 22, prescriben en base a lo dictaminado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, la imposibilidad fáctica de hacer valer normas del derecho interno por sobre las de un tratado, incluso tratándose de la Constitución, lo que implica que,

²³⁰ NOGUEIRA, H., El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. En: *Estudios Constitucionales* 9, nº 2, Santiago, 2011, p. 37.

leyendo el siguiente considerando es ineludible la referencia a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales (de manera incluso más acentuada que en el caso Sandoval):

21°. Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

22°. Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S., 30.01.1996).

Por último, y como se adelantó, se aplica derechamente lo resuelto por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, en el sentido de la obligación de penalizar los crímenes contra la humanidad, puesto que se condicen con la normativa nacional como internacional, siendo necesario su juzgamiento sin miramientos al derecho interno que pudieran permitir la aplicación de normas referidas a amnistías o prescripción en la materia.

25°. Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un ‘crimen contra la humanidad’, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional ‘homicidio’ y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26°. Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando ‘un solo acto cometido por un perpetrador’ en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa ‘numerosas ofensas para ser considerado responsable’. La prohibición de cometer

estos crímenes ‘es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general’ (consids. 96 y 99 de ‘Almonacid Arellano y otros versus Chile’, cit.)”.

Para Zúñiga, esta sentencia marca el último hito en el avance jurisprudencial relativo a la institución de la amnistía, como a la prescripción de crímenes de guerra y de lesa humanidad en nuestro país. De hecho, funda sus apreciaciones al señalar que, el fallo en cuestión, se sustenta en sendos principios reconocidos en el derecho internacional, a saber el principio de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, reconocimiento de tal principio en el derecho internacional común y convencional, vinculación del Estado y de sus órganos al derecho internacional, y la aplicación preferente del derecho de gentes cuando tiene contradicción con el derecho interno, sustrayendo así al menos al derecho internacional de los derechos humanos de fuente convencional de una más que discutible supraordenación jerárquica a las fuentes de derecho interno²³¹.

Finalizando este acápite, cabe mencionar que existen una serie de sentencias que aplican de similar forma las normas internacionales, las que resultan una guía para la decisión del caso, pero en ningún modo son el argumento esencial para la decisión del caso, ni menos parámetro para la adecuación del ordenamiento jurídico nacional en concordancia con las disposiciones del derecho internacional, adoleciendo de un reconocimiento expreso del control de convencionalidad en este ámbito.

3.6.2.2 Reconocimiento de la obligación de ejercer el control de convencionalidad por parte de los jueces: concepto restringido

Como se mencionó, desde el año 2004 se ha entendido la aplicación del control de convencionalidad de forma implícita, para algunos, lo que igualmente no resulta pacífico ni reconocido por la generalidad de la doctrina. Sin embargo, existe aceptación que recién en el año 2013, el máximo tribunal se refirió explícitamente al deber de los jueces de efectuar el control de convencionalidad. En sentido, en rol de ingreso N° 9031-2013, autos referidos a requerimiento de extradición de un ciudadano boliviano, por parte de la República de Argentina,

²³¹ ZUÑIGA, F. Comentario a la Sentencia en el “Caso Molco” de la Excma. Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006. Revista *Estudios Constitucionales*, Vol. 5 N° 1, Talca, 2014. p. 530.

esto por cuanto, el sujeto en comento se le atribuía participación en calidad de autor en el delito de transporte de estupefacientes, hecho originó el proceso N° 18/09 del Juzgado Federal N° 2 de Jujuy, República Argentina²³². Al respecto, cabe mencionar, que su aplicación se hizo en un acápite referido a mayor abundamiento, aclarando que no fue el argumento principal ni decisivo que utilizó la CS en la aceptación del requerimiento de extradición por parte de la República de Argentina.

Ahora bien, el considerando décimo segundo es el que desglosa el deber de todo juez (recogiendo con esto la jurisprudencia reciente de la Corte IDH) de efectuar el control de convencionalidad, entregando en el primer párrafo un concepto y efectos de éste, aunque asimilándolo, en cierto sentido, al control de constitucionalidad, que como se señaló, es propio de la labor de juez constituyente.

DECIMO SEGUNDO: Control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales. Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad.

A reglón seguido, la CS sin pronunciarse de manera expresa a la jerarquía que tienen los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, si manifiesta que se debe dar aplicación directa a éstos (en conjunto a la Constitución), lo que implica entender la adhesión de éste a las teorías que confieren jerarquía constitucional a los tratados internacionales

La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente

²³² Corte Suprema. Sentencia Rol N°9031, considerando primero.

sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso. Se desarrollará así un dialogo con las instancias internacionales que permita brindar un adecuado sentido y alcance a todas las fuentes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos, sobre la base de los principios de máxima consideración, progresividad, no regresión y favor persona, única forma de evitar la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.

Luego, entrega tres aspectos claves del control de convencionalidad, a saber la amplitud de fuentes del derecho, asimilable al parámetro de convencionalidad; el deber de actuar de oficio, realizando todas las medidas necesarias para la correcta aplicación de normas nacionales o internacionales sobre derechos humanos y; que la justicia internacional tiene un carácter supletoria, subsidiario y complementario. Lo dicho plasma la opción de anular normas internas en el caso que contravengan el derecho internacional, lo que no se condice, como se mencionó supra, con lo dispuesto hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar todo el sistema de fuentes del derecho, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla de oficio dentro de sus competencias, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los tribunales nacionales que son el garante natural, principal y

primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

Sigue la CS, reconociendo la fundamentación jurídica de dicho control, sin agregar argumentación alguna de su parecer al respecto.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales.

En el siguiente punto la CS hace una afirmación relevante, el solo hecho de citar normativa internacional no implica la realización de un control de convencionalidad, pues éste es un ejercicio que requiere un esfuerzo mayor en la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico nacional e internacional, siempre teniendo como norte el principio pro persona analizado en capítulos anteriores. Ciertamente, es necesario señalar que la CS no se pronuncia sobre qué elementos específicos de los textos internacionales son aquellos que deben ser considerados, pues, como ya sabemos, la Corte IDH ha extendido el parámetro a toda la jurisprudencia de ésta, sean o no parte del litigio los demás estados partes, sumado a opiniones consultivas como a todo el *corpus iuris* interamericano. Este grado de incerteza da pie a diversas interpretaciones que, ante una institución de esta envergadura, no debieran existir, máxime si uno de los efectos de ésta puede llegar a ser la anulación de normas internas en preferencia del entramado internacional.

La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e

internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta.

Por último, la CS ahonda en el punto de las competencias referidas a la resolución de un caso en contrapartida al accionar del ente internacional, esto pues plantea que será el juez interno quien ostenta la competencia originaria en la materia, no pudiendo el juez internacional, entre otros, pronunciarse sobre la determinación de los hechos ni el derecho aplicable, pues no se configura, en modo alguno una nueva instancia a nivel supranacional. En efecto, señala la sentencia que:

“En el mundo actual todas las jurisdicciones reclaman un papel predominante en torno a la interpretación de los derechos y garantías fundamentales: primeros, únicos y finales. En realidad todos tienen la posibilidad de aplicarlos, y para ello, de interpretarlos, la diferencia estará en la competencia que le reconozca el ordenamiento jurídico para hacerlo.

Los tribunales internos son los primeros llamados a reconocer, interpretar y aplicar los derechos y garantías constitucionales. Los tribunales nacionales tienen en su competencia un margen de apreciación tanto al establecer los hechos como el derecho, sin que pueda considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia que revise la sentencia, el procedimiento y todo el conflicto, fijando incluso nuevamente los hechos para decidir sobre la naturaleza y extensión de las garantías.”

3.6.2.3 ¿Control de convencionalidad o cumplimiento de sentencias internacionales?

Pese a que ya nos referimos con anterioridad a la sentencia 27.543-2016, no podemos no mencionar ésta en el acápite referido a la jurisprudencia dictada por la CS en referencia al control de convencionalidad. Como vimos, el año 2013 marca el hito del establecimiento jurisprudencial en nuestro país de la institución estudiada, por lo que no debiera sorprender las referencias explícitas que posee este fallo al control establecido por la Corte IDH.

Sin embargo, nace la certera inquietud, que ya fue reflejada por Henríquez²³³ sobre la efectiva aplicación de una especie de control de convencionalidad en la sentencia en comento, o simplemente la obligación derivada de los artículos 67 y 68 de la CADH, sobre la debida ejecución de las sentencias emanadas de la Corte IDH. Refiriéndose a este tema, y citando a Ferrer Mac Gregor, en lo que respecta a la dualidad existente de la “*res judicata*” y “*res interpretata*”, termina señalando que el primer de estos conceptos, no es más que la obligación de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, mientras que en el segundo caso no es más que el valor de precedente vinculante de la exégesis de la Corte IDH en relación con la CADH. En este sentido, y recordando el fallo 9031-2013 ya analizado, debemos concordar con la profesora aludida, puesto que la sola referencia a los textos (en este caso institución) internacionales, no implica la existencia de un control de convencionalidad para el caso resuelto en aquellos autos.

Incluso, aunque un par de años antes, conociendo recursos de casación en contra del fallo 103-2011 de la CA Rancagua, también mencionado *supra*, la CS ni siquiera hace referencia al control de convencionalidad ni tampoco a norma internacional alguna, siendo que el caso Almonacid Arellano vs Chile, como se ha insistido, es el hito jurisprudencial de la Corte IDH en la implementación del control en el sistema interamericano, no revirtiendo mayor injerencia en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

3.6.2.4 Jurisprudencia reciente: Hacia una aplicación, limitada, del control de convencionalidad.

Pese a lo que se ha observado en la jurisprudencia reciente de la CS en la materia, cabe destacar el fallo dictado a fines del año 2013, autos de ingreso N° 12.418-2013, referido a la desvinculación de una funcionaria de la salud de la administración pública, la que se encontraba embarazada al momento de ocurrencia de los hechos. Ahora bien, lo destacable de esta sentencia es el voto minoritario del Ministro Muñoz, puesto que dicha redacción con posterioridad se replica por la mayoría de la CS, en términos bastante similares.

²³³ HENRÍQUEZ, M.Y NUÑEZ, J., Control de convencionalidad en Chile. Un soliloquio en el “laberinto de la soledad”. En: HENRÍQUEZ, M. y MORALES, M. *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, p 400-401

“8- Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar los normas internas, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de las disposiciones internacionales, con el objeto de cubrir con el manto de protección a todas las personas y en todos sus derechos, profundizando las consecuencias que de tales normas resultan especialmente beneficios para personas en condición de vulnerabilidad, única forma de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales.”

Al respecto, Muñoz plasma de manera sucinta el criterio establecido en la sentencia 9031-2013, manteniendo una línea conservadora y restringida del control de convencionalidad, sosteniendo el deber de aplicación e interpretación de normas internas a la luz de las disposiciones internacionales, pero sin referirse a la adecuación, omisión o supresión de normas en favor de los textos convencionales, como también sin ampliar el parámetro de convencionalidad, como lo ha venido haciendo la Corte IDH hasta la fecha.

De hecho, y como se mencionó, en autos de ingreso N° 120-2017, se replica de manera casi idéntica el voto minoritario antes reseñado, solo que en el caso en comento es la decisión mayoritaria la que revoca la sentencia de alzada y acoge el recurso impetrado, por una causa similar referida al término de una contrata a una funcionaria de la salud embarazada.

“Undécimo Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a adaptar y entender la normativa interna, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de la preceptiva internacionales ratificada por la nación, con la finalidad de cubrir con el manto de resguardo a todos los habitantes y en todos sus derechos, para profundizar los colofones que de aquélla resultan especialmente favorables para sujetos en condición de vulnerabilidad, única manera de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales.”

Es relevante señalar que, al igual que en el fallo 27.543-2016, las referencias al control de convencionalidad son inocuas, pues no guardan ningún tipo de correlación con la decisión final del asunto, por lo que, a menos que aceptemos la teoría del control de convencionalidad implícito señalado por Aguilar, nos atrevemos a mencionar que no existe tampoco en este caso un control de convencionalidad realizado, pero que, aun así, resulta relevante el hecho que la

CS intente efectuar el control de convencionalidad en los términos que éstos lo han establecido, aunque esto sea mucho más restringido que lo que la Corte IDH intentaría.

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad se ha caracterizado por su constante desarrollo y modificaciones desde su establecimiento jurisprudencial en el año 2006 con el Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, siendo su tendencia a expandirse cada vez más, especialmente en su faz interna, en puntos tales como los órganos llamados a ejercerlo, sus efectos y el parámetro de control establecido por la Corte IDH. En este sentido, y como se expuso en el primer capítulo de esta tesis, se han identificado en el estado actual de su desarrollo los siguientes elementos de la institución estudiada:

- a) El control debe considerar como parámetro no solo el tratado, sino que también la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana y otros instrumentos de protección que versen sobre la materia. Sumado a ello se aplica el *corpus iuris* interamericano que considera otras normas y principios.
- b) Toda norma y acto debe ser sometido al control, independiente de su jerarquía u origen.
- c) Todos los órganos del Estado parte, administrativos, legislativos y órganos que ejerzan jurisdicción de todos los niveles están obligados a ejercer el control y velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes incompatibles.
- d) El control debe ser ejercido por los jueces y demás órganos *ex officio*, dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.

En cuanto a su sustento jurídico, una serie de normas consagradas en la CADH y la CVDT son las que configuran el control de convencionalidad, las que pregonan tres principios básicos para su obligatoriedad, *bonna fide*, *pacta sunt servanda* y *pro homine*, así, en consideración a dichos preceptos, la interpretación útil de estos instrumentos internacionales conlleva entender la existencia de la imposición cierta a los Estados Parte de la CADH, en su ejecución derivada de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ahora bien, en suma, a lo precedente, y específicamente para el caso del control de convencionalidad interno, existe discrepancia sobre su ejecutabilidad, postulando Nash que, en virtud de las disposiciones del Capítulo I de la CPR, el juez interno tendría competencias suficientes para ejercer el control, dada la interpretación que entregan los artículos 1º, 5º inciso segundo y 6º de la carta política. En contra, Zúñiga recuerda que lo prescrito en el artículo 5º de la CPR, no es sino una norma de conducta, la que no confiere facultades ni competencias alguna en el sentido que establecen los artículos

6° y 7° del mismo texto, por lo que, sumado al no reconocimiento del autor de una supuesta autoejecutabilidad de la CADH, debe descartarse la aplicación del control de convencionalidad en los términos que hoy en día se entienden por la Corte IDH.

De hecho, revisado el estado de la cuestión en nuestro país, de las ocho sentencias en que ha sido condenado Chile por la Corte IDH, en al menos tres casos como medida de reparación, en el sentido de investigar, juzgar y sancionar (si corresponde), se han pronunciado nuevamente los tribunales nacionales, refiriéndose explícitamente al control de convencionalidad en CA Rancagua 103-2011, CA Temuco 39-2017 y CS 27543-2016. Sin embargo, y como se observó más adelante, aquellos fallos son originados en razón del artículo 68.1 de la CADH, esto es la obligación de respeto por la jurisprudencia de la Corte IDH, mas no por ser ejercicio del control de convencionalidad.

Entonces, si ni siquiera es posible concordar en cuanto al fundamento de la institución, de mala forma esto sería pacífico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de nuestra Corte Suprema. Esto se produce por una serie de desavenencias existentes entre lo estipulado por la Corte IDH, con principios básicos en la organización de un Estado Democrático de Derecho.

En tal sintonía, el primer punto de desavenencia se debe a una falta de definición en Chile de la jerarquía normativa de los Tratados Internacionales, pues esto lleva a una seria indeterminación de la ejecutabilidad, directa o no, de éstos. Sobre ello, el TC ha sido tajante en no reconocer una posible jerarquía constitucional a los tratados internacionales, mientras que la CS ha tendido a reconocer dicha jerarquía, incluso llegando a entregar una posición preferente a la costumbre internacional, pero, como comúnmente ocurre, sus criterios han sido vacilantes, sin establecer derechamente un criterio inequívoco en la materia.

El siguiente punto de discordia con el criterio actual del control de convencionalidad, lo entrega la misma determinación del Estado democrático y el concepto de soberanía popular. En efecto, la Corte IDH falló en el caso Gelman vs. Uruguay en contra del país señalado, pues la Ley de Caducidad, respaldada mediante referéndum y plebiscito, transgredía los preceptos de la CADH, no debiendo el Parlamento, y ni siquiera la ciudadanía, legislar contra los estándares mínimos de protección de los derechos humanos. Esta situación ha sido criticada, pues la Corte IDH no logra fundamentar de forma suficiente la no distinción en la generación de normas,

generalizando entre aquellas cuyo fundamento y origen proviene de tiempos en que los Estados adolecían de una democracia en su configuración, a aquellos en que es el pueblo el que directamente ha ejercido su poder soberano.

Luego, el principio de legalidad es un escollo que no debe ser obviado, puesto que, es la jurisprudencia de la Corte IDH la que ha configurado el concepto, mas no el texto negociado y aprobado de la CADH, por lo que no existe referencia alguna al control de convencionalidad, ni mucho menos en su cariz interno, en el tratado en cuestión. Además, concordamos con Zúñiga en que el Capítulo I de la CPR no otorga competencias a los organismos públicos a ejercer el control de convencionalidad directamente, no siendo posible extender excesivamente las interpretaciones referidas a la adecuación de los textos internacionales a la organización interna del Estado si esto no ha sido debidamente ratificado, lo que, sin ánimo de ser reiterativos, proviene de la misma ausencia de definición en lo que a jerarquía normativa se refiere.

En cuarto lugar, preocupa la falta de límites y/o criterios claros, casi de manera indiscriminada, que la Corte IDH define, no permitiendo la existencia de certeza jurídica en la toma de decisiones por parte de los tribunales del país, en caso de acoger la postura vigente en la jurisprudencia internacional. Imperioso es entregar pautas claras, pues como ya se mencionó el principio en cuestión viene en evitar excesos en tanto Estados virtuosos como tiránicos cometen debido a supuestos estándares superiores y originarios, que ni la ciudadanía pareciera conocer en ciertos casos (*Gelman vs. Uruguay*). No termina resultando coherente que, en pos de la protección de los derechos humanos, se produzcan casos de indeterminación del derecho aplicable al caso concreto, lo que incluso podría llevar a indefensiones en un procedimiento.

Por último, la Corte IDH ha insistido en que, no establece ni recomienda un modelo específico de control de constitucionalidad ni de convencionalidad, pero si mandata a que toda autoridad pública que ejerza labores jurisdiccionales debe aplicar este último, lo que implica, pese a cualquier intento de morigerar dicho postulado, una promoción a un examen difuso de normas por parte de los tribunales de justicia, cuestión que no tiene fundamento hoy en día en nuestro país. Sin embargo, en lo que provoca una contradicción para el caso chileno, sostiene que dicho control se debe hacer en cumplimiento a las competencias existentes en los países, por lo que, en Chile, en donde no existe referencia expresa a control de convencionalidad, lo más cercano son los controles, abstractos y concretos, que realiza de manera concentrada el

Tribunal Constitucional, el que ya sabemos no es proclive al reconocimiento de una jerarquía constitucional de los tratados internacionales ni tampoco existe norma que le entregue competencia en esa dirección. A ello debe agregarse que además de los tratados internacionales, la Corte IDH ha considerado como parámetro de control el *corpus iuris*, pero del cual el contenido sigue en expansión constante y que no corresponde necesariamente a las fuentes de derecho internacional que son obligatorias para los Estados.

Revisadas las cuestiones problemáticas en la aplicación del control de convencionalidad, resultó necesario analizar la jurisprudencia de los principales tribunales de nuestro país, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Sobre esto, cabe recalcar de inmediato la falta de correspondencia jurídica entre lo fallado en ambos estrados. El TC, desde una postura más cerrada al control de convencionalidad. Mientras que, la Corte Suprema, pese a tener ciertos hitos relevantes en la materia, habiendo definido y estandarizado lo que entiende por control de convencionalidad, no se pronuncia en relación a éste, es tan sólo un argumento a mayor abundamiento para la resolución de los casos sometidos a su conocimiento, mas no un ejercicio preponderante en la protección y garantía de los derechos humanos. No es posible entender que en nuestro país exista una aceptación jurisprudencial del control de convencionalidad, pese a lo que algunos sostengan, pues ni el tribunal que ha sido más proclive en su aplicación, lo ha hecho como lo ha dispuesto ni lo ha aplicado de manera determinante.

En el proceso constituyente que se inició a fines de 2015 y que hoy espera en el Congreso la dictación de la ley de reforma de la Constitución para continuar es el momento indicado para la incorporación de una norma expresa y clara sobre el reconocimiento de los derechos humanos y los tratados internacionales que los recogen, además de la función que tendrán en el ordenamiento interno y las autoridades que tengan mecanismos específicos a los que estén obligadas.

El seguimiento del control de convencionalidad interno de nuestro país no deja de ser discutido, sobre todo cuando la Corte IDH ha extendido su aplicación a casos más allá de aquellos donde el Estado es condenado directamente por una sentencia, sumado a que la norma que sirve de parámetro, el *corpus juris* interamericano, conlleva la dificultad que debe ser conocida por todos los jueces y autoridades llamadas a aplicar el control.

La fiscalización del cumplimiento de las normas convencionales y la fórmula para dotarlas de mayor efectividad en los Estados no es el problema, sino que los inconvenientes surgen ante un control que no tiene parámetros del todo definidos, que implica un efecto *erga omnes* y extensivo sobre todos los jueces y autoridades y la posición jurídica que quedan dichos órganos respecto a las reglas que se determinan en el ordenamiento interno. En efecto, a lo que se debe aspirar es a encontrar un mecanismo que garantice el equilibrio, por una parte, entre el cumplimiento de las normas internacionales de las cuales puede derivar responsabilidad internacional y, por otra, del cumplimiento de las normas internas, evitando que se genere un desconocimiento casi automático de los procesos y competencias internas, tendiendo a una relación clara, pacífica y armónica, lo que lamentablemente no ocurre con el estado actual del control de convencionalidad.

En este sentido, la Corte IDH tiene competencia para determinar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de las normas de la Convención Americana a las que se ha comprometido, pero del análisis realizado a lo largo de este trabajo, no puede sostenerse que exista un sustento normativo claro sobre la competencia de este tribunal para determinar la validez o invalidez de actos nacionales, facultad que no está regulada en la Convención Americana que fue ratificada por cada uno de los Estados.

Por otra parte, la tendencia actual ha sido la de establecer distancia por parte de algunos Estados con el control de convencionalidad, como ocurre hoy, por ejemplo, con Argentina, país que en un fallo de febrero de este año (Caso Menem) la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la Corte IDH carece de jurisdicción para ordenar dejar sin efecto una sentencia del tribunal supremo de dicho país²³⁴. Algo similar ocurre en Brasil donde el Supremo Tribunal Federal decidió continuar aplicando una ley de amnistía que fue declarada contraria a la CADH y, por tanto, carente de efectos jurídicos, por la Corte Interamericana en el caso Gomes Lund y otros vs. Brasil.²³⁵

²³⁴ Sobre el análisis de dicho caso revisar: VERDUGO, S. La Corte Suprema argentina y la (pérdida de) autoridad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Menem. En: *Actualidad jurídica* N°36 – julio 2017, Santiago: Universidad del Desarrollo, 2017, pp. 467-477.

²³⁵ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Valoramos el dialogo que se produce para una mayor efectividad en las garantías de derechos fundamentales, tanto a nivel interno como internacional, pero asimismo creemos que se debe optar por una propuesta sistematizadora y armónica, que permita que las normas internacionales sobre derechos humanos que tanto han ayudado a mejorar los estándares de protección de los derechos fundamentales de las personas puedan servir en un rol colaborativo de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo. El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos, En: NOGUEIRA, Humberto (Coord.) El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos (Humberto Nogueira Coordinador), Santiago, Libroteña, 2012.
- AGUILAR, Gonzalo. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad: ¡juntos pero no revueltos!. En. NOGUEIRA, Humberto y AGUILAR, Gonzalo (Coord.) Control de Convencionalidad. corpus iuris y ius commune interamericano. Santiago: Editorial Triángulo, 2017.
- ALDANA, C. *El control de convencionalidad por el juez interno en causas de derechos humanos análisis jurisprudencial. Tesis para optar al grado de magíster en derecho.* Concepción: Universidad de Concepción, 2013.
- ALDUNATE, Eduardo, La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*, 16, (2), 2010, pp. 185-210.
- AYALA, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México Porrúa: Editorial, 2013.
- BARROS SEPÚLVEDA, María Gabriela. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol?. En: *Ius Novum* 8, 2015, pp. 205-246.
- BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, En: En: BAZÁN, V. y NASH, C. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad.*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile
- BAZÁN, Víctor. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18:63-104, 2011.

- BENAVIDES, María Angélica. Armonizar el derecho nacional y el derecho internacional. En: *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años del Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: Ediciones Der, 2017
- BENVENISTI, EYAL. Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards, en: *New York University Journal of International Law and Policy*, 1999.
- BILICIC, Tomislav. "Control de Convencionalidad interno o difuso: bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena". En *Diario Constitucional*, Santiago, Chile, 25 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/control-de-convencionalidad-interno-o-difuso-bases-para-una-teoria-adecuada-desde-la-constitucion-chilena/> [Consulta: 11 de septiembre de 2017]
- BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, 2000.
- BRAZ RODRIGUES, Janna. El carácter "concreto" del recurso de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", En: HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam (Coord.) *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*, Santiago: Librotecnia, 2011
- CARMONA, Jorge. La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos. Disponible en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/10.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2017].
- CASTILLA, K. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII. México, D.F., 2013.
- CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 20, No. 2, 2014, pp. 235 – 274.
- DÍAZ ALARCÓN, Camila. El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno. *Derechos Fundamentales*, no. 13, 2015, pp. 37-70.

- FERRAJOLI, Luigi (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global Isonomía, N°9, octubre 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparada. Colección temas de la Democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 2001.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, *Revista Estudios Constitucionales* 9, no 2, Santiago, 2011, pp. 531–622
- FUENTES, Ximena. International and Domestic Law: Definitely and Odd Couple. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, No. 2 Puerto Rico, 2008.
- GALDÁMEZ, Liliana. El Amparo Interamericano, En: *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago: Thomson Reuters Chile, 2014.
- GALDAMEZ, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 12 N° 1, Santiago, 2014.
- GALDAMEZ, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana años 2006-2011. En NOGUEIRA, Humberto (Coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- GARCÍA, Gonzalo. Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile. En: NOGUEIRA, Humberto (Coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf [Consulta: 11 de septiembre de 2017]
- HENRÍQUEZ, Miriam. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, N°2, Santiago, 2008, pp. 73-119.

- HENRÍQUEZ, Miriam. Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1999-2011) En: NOGUEIRA, Humberto (Coord.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- HENRÍQUEZ, Miriam. La polisemia del control de convencionalidad interno, 24 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2015.
- HENRÍQUEZ, M. y NÚÑEZ, J. El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? En: *Revista Boliviana de Derecho* N°21, Enero 2016.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. *Revista La Ley*, 2009, pp. 1205-1216.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, N°2, Santiago, 2009.
- IVANSCHITZ BOUDEGUER, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado de Chile. En :NOGUEIRA, H. (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago, Librotecnia, 2014.
- LARRIEUX, J. Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013.
- MEDINA Q., Cecilia y NASH R., Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Editorial Universidad de Chile. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, 2013. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>. [Consulta: 11 de septiembre de 2017]
- MORALES, Mariela. El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune. En: VON BOGDANDY, MORALES, FERRER MAC-GREGOR, (Coord.), *Derechos Humanos en América Latina*, México: Editorial Porrúa, 2013.

- NASH ROJAS, Claudio. Control de Convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: NOGUEIRA, Humberto (Coordinador) *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2012.
- NASH, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012.
- NASH, Claudio. Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013.
- NASH, Claudio. Sistema interamericano de Derechos Humanos y la doctrina del margen de apreciación. En: NOGUEIRA, H. y AGUILAR, G. (Coord). Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano. 1era. Ed., Santiago de Chile, Editorial Triángulo, 2017.
- NOHLEN, Dieter. *La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto.*, Lima, Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2010.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Ius et Praxis* 9, (1), 2003
- NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. , *Revista Ius et Praxis*, 13 (2), 2004, pp. 245-285.
- NOGUEIRA, Humberto. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Revista Estudios Constitucionales* Año 9, N° 2, Santiago, 2011, pp. 17-76.
- NOGUEIRA, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. En: NOGUEIRA, H. *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí con las Cortes Internacionales de Derechos* Santiago: Librotecnia, 2012

- NOGUEIRA, Humberto. Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Nogueira, Humberto (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013
- NOGUEIRA, Humberto. El Estado juez: el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales, en *Revista de la Defensoría Penal Pública*, N°8, julio de 2013.
- NOGUEIRA, Humberto. Sistema interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales. En NOGUEIRA, Humberto (Coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, 2014.
- NOGUEIRA, Humberto. El bloque constitucional y control de convencionalidad en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativa con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 13, N°2, Santiago, 2015.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento por reforma constitucional”. En *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*, editado por Humberto Nogueira Alcalá, 89–187. Santiago: Librotecnia, 2015.
- NOGUEIRA, Humberto. El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales. En: NOGUEIRA, H. y AGUILAR, G. (Coord). Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano. 1era. Ed., Santiago de Chile, Editorial Triángulo, 2017.
- NOGUEIRA, Humberto. El impacto del control de convencionalidad en las fuentes del derecho chilenas. En: OVANDO, Iván (Compilador). *Estudios constitucionales y parlamentarios. En homenaje al profesor Jorge Tapia Valdés*, Santiago: RiL editores, 2017.
- NÚÑEZ, C., *Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile*, Santiago: Librotecnia, 2016.

- NUÑEZ, Manuel. Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 31 N°1, Santiago, 2014.
- NÚÑEZ, J. Ignacio. “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black holes & Revelations’”, *Ius et Praxis* 21, no 1, Talca, 2015, pp. 315-343.
- Informe de Sistematización del Proceso Constituyente Indígena en mayo de 2017. Disponible en http://www.constituyenteindigena.cl/wp-content/uploads/2017/05/Sistematizacion_Proceso_participativo_constituyente_Indigena2.pdf [Consulta 30 de agosto de 2017]
- PHILP SALGADO, Camila, y César RIVAS CALDERÓN. “Control de Convencionalidad ejercido por la Corte Suprema: Análisis de jurisprudencia en materia de familia e infancia.” Santiago: Universidad de Chile, 2016.
- REY CANTOR, Ernesto. “Controles de Convencionalidad de las Leyes”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, editado por Eduardo Ferrer MacGregor, 225–62. México D.F., México: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- REY CANTOR, Ernesto. “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”. En *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima, Perú, 2009.
- RÍOS, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año2, N°2, 1997.
- SAGÜES, Nestor. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano En: *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*. Berlín: Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- SAGÜES, Néstor. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. En: Ahrens, Helen (Coomp.) *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*. México D.F: Fundación Konrad Adenauer, Oficina México, 2012.

- SAGÜÉS, Néstor. Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada”, En: Nogueira, Humberto. La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Santiago: Librotecnia, 2014.
- SAGÜÉS, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8 N°1, Santiago, 2010.
- SALDAÑA, Eloy. Sobre la convencionalización del derecho y los derechos en el Perú: ¿Alternativa posible y conveniente, o aspiración inalcanzable o incluso discutible? En: Nogueira, Humberto (Coord.) *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago: Librotecnia, 2014.
- SILVA ABBOT, Max. “Control de convencionalidad interno y jueces locales: Un planteamiento defectuoso”. *Estudios Constitucionales* 14, n° 2, 2016, pp. 101–42.
- VERDUGO, Sergio. La Corte Suprema argentina y la (pérdida de) autoridad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Menem. En: *Actualidad jurídica* N°36 – julio 2017, Santiago: Universidad del Desarrollo, 2017, pp. 467-477.
- VICIANO – MARTÍNEZ. “¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”. En NÚÑEZ, J. Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “black holes & relevations”. *Ius et Praxis vol.21 no.1* Talca, 2015.
- VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, N°21, 2015.
- VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual En: Von Bogdandy, A.; Fix-Zamudio, H.; Morales, M. *Ius constitutionale commune* en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, México: Instituto Max Planck de Derecho Extranjero Público y Derecho Internacional Público, 2014.
- ZÚÑIGA, Francisco. Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución, *Revista de Derecho Político*, N° 71-72, enero-agosto 2008.

- ZÚÑIGA, F. Comentario a la Sentencia en el “Caso Molco” de la Excma. Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006. Revista *Estudios Constitucionales*, Vol. 5 N° 1, Talca, 2014.
- ZÚÑIGA, Francisco. Control de Convencionalidad. Una aproximación crítica. En: Nogueira, Humberto. El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, Santiago: Librotecnia, 2014.
- ZÚÑIGA, F. Comentario a la sentencia “personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicanas”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2015, p. 440 y ss.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Corte Suprema. Sentencia Rol N° 517-2004, sentencia de 17 de noviembre de 2004.
- Corte Suprema. Sentencia Rol N° 559-2004, sentencia de 13 de diciembre de 2006.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5.570-2007, sentencia de 14 de octubre de 2009.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2.582-2012, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2.788-2012, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1.577-2013, sentencia de 24 de octubre de 2013.
- Corte Suprema. Sentencia Rol N° 9.031-2013, sentencia de 19 de noviembre de 2013.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 12.418-2013, sentencia de 17 de diciembre de 2013.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 27.543-2016, sentencia de 03 de octubre de 2016.
- Corte Suprema, Sentencia Rol N° 120-2017, sentencia de 15 de mayo de 2017.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia Rol N° 103-2011, sentencia de 14 de enero de 2013.
- Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 39-2017, sentencia de 22 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional STC Rol N° 346, sentencia de 08 de abril de 2002.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 807-07, sentencia de 28 de diciembre de 2007.
- Tribunal Constitucional. STC Rol N° 2.265-12, sentencia de 12 de noviembre de 2013.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 2.387-12, sentencia de 23 de enero de 2013.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 2.874, sentencia de 15 de noviembre de 2016.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.062-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.095-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.109-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.120-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.134-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.172-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.173-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.174-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.

- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.185-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.
- Tribunal Constitucional. STC, Rol N° 3.187-16, sentencia de 27 de marzo de 2017.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de septiembre de 2006, Serie C No.154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.
- Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209, párr. 339.
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión, Resolución de 20 de marzo de 2013.
- Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.
- Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.
- Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana sobre derechos humanos (arts. 74 y 75)”.
- Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, solicitada por Costa Rica sobre “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

- Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.”
- Opinión consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.
- Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”