

LOS DESAFÍOS DEL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD
DEL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO
PARA LOS TRIBUNALES NACIONALES,
Y SU DIFERENCIACIÓN
CON EL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

SUMARIO

1. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES QUE IMPLICAN PARA LOS ESTADOS PARTES. 1.1. La caracterización de los tratados de derechos humanos. 1.2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los estados partes: el PIDCP y la CADH. 1.3. Consideraciones finales. 2. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU CONTENIDO Y LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS QUE DETERMINA PARA LOS JUECES NACIONALES. 2.1. El control de convencionalidad en sede internacional. 2.2. El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado juez. 3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA PRAXIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. 3.1. Tribunal Constitucional y control de convencionalidad respecto del derecho al recurso (roles 986 y 1130). 3.2. El Tribunal Constitucional asume la regla básica de interpretación de derechos favor homine. 3.3. Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad. (rol N° 567). 4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y CORTES SUPREMAS DE AMÉRICA LATINA. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

Fecha recepción: 24.11.2011
Fecha aceptación: 15.01.2012

LOS DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO PARA LOS TRIBUNALES NACIONALES, Y SU DIFERENCIACIÓN CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD¹

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ²

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Talca
nogueira@utalca.cl

1. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES QUE IMPLICAN PARA LOS ESTADOS PARTES

1.1. *La caracterización de los tratados de derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, precisa las características que identifican a los tratados de derechos humanos y las dife-

¹ Este artículo es parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular n° 1110016-2011 sobre «Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del derecho constitucional extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad» del cual el autor es investigador principal.

² El autor es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho comparado de La Haya. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

rencias de los tratados que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

*«(...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»*³.

Sobre la materia ya se había manifestado la CIDH en sus primeras opiniones consultivas, determinando las especificidades que vienen dadas de las convenciones o tratados de derechos humanos, por el carácter de instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos⁴, de donde se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

La Corte Europea ha afirmado con anterioridad la misma perspectiva, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), precisando que

*«a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’»*⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), precisó que la Convención Europea *«debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen*

³ Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75). En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999. (*Competencia*). Serie C n.º 55, párrafo 42.

⁴ Ver, Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, párrafo 24. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, párrafo 29.

⁵ Eur. Court HR, *Ireland vs. United Kingdom* case, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, párr. 239.

*comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias»*⁶.

A su vez, con mucha anterioridad, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), afirmó que «en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención».

1.2. *Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los estados partes: el PIDCP y la CADH*

Los Estados que forman parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en adelante PIDCP, como asimismo de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, están vinculados por los respectivos artículos 2.1 y 2.2. y 1.1. y 2, de los respectivos instrumentos internacionales.

1.2.1. El artículo 2.2. del PIDCP

En efecto, el artículo 2 del PIDCP precisa:

«1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición socia.*»

«2. *Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.*»

Tal disposición determina que los Estados partes en el PIDCP asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su jurisdicción de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos. Esto implica que deben abstenerse de violar estos derechos («respetar»), pero también adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos («garantizar»). De acuerdo con el

⁶ Eur. Court H. R., *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A no. 161, párr. 87.

artículo 14, deben poner a disposición de toda persona víctima de una violación un recurso imparcial y efectivo para su defensa.

La Observación General N° 31 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas ha precisado el alcance del artículo 2° del PIDCP, determinando que éste impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y asegurar su aplicación a todas las personas que se encuentran bajo la potestad del Estado parte, cumpliendo dichas obligaciones jurídicas de buena fe:

«3. El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe.»

A su vez, el párrafo 4° determina la vinculatoriedad de las normas respecto de cualquier órgano u agente estatal, de cada uno de ellos y de todos ellos, cualquier actuación contraria al PIDCP de cualquiera de los órganos o agentes estatales genera la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos. Asimismo el Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, como lo determina el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, disposición que sin dejar de ser derecho internacional es parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, con aplicación preferente sobre las normas jurídicas de generación interna:

«4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte «no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado». Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen

disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado.»

Como señala el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el párrafo 1º del artículo 2º, que determina el respeto y garantía de los derechos contenidos en el PIDCP, produce «un efecto inmediato en todos los estados partes» de acuerdo al párrafo 5º de la Observación General N° 31; a su vez, el párrafo 6º determina que dicha obligación jurídica es de carácter positivo como negativo:

«Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto.»

Por otra parte, el artículo 2º impone a los Estados Partes, como señala el párrafo 7º de la Observación General N° 31 que comentamos:

«la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. El Comité cree que es importante elevar los niveles de conocimiento acerca del Pacto no sólo entre los funcionarios públicos y los agentes del Estado sino también entre la población en general.»

Debe tenerse presente también que las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos asegurados por el Pacto:

«sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas», como lo determina el párrafo 8º, de la Observación General comentada.»

Finalmente, debemos precisar que la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometida a condiciones y «es de efecto inmediato», como prescribe el párrafo 14 de la Observación General N° 31, agregando que

«La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.»

1.2.2. Las obligaciones generales impuestas por la CADH a los Estados Partes

1.2.2.1. El deber del Estado Parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente.

El artículo 1º de la CADH determina para los estados parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

«1. 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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.»

Las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si el Estado es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituye para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente frente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los artículos 26 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*Pacta Sunt Servanda* y *Bona Fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En esta materia, la CIDH ha sido extremadamente clara al respecto:

«125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que «[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno»⁷. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969»⁸.

Asimismo la CIDH en el caso «La última tentación de Cristo» ha precisado que: «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que

⁷ Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (*Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A n° 14, párr. 35.

⁸ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, párrafo 125.

*ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial*⁹»¹⁰.

A su vez, la CIDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, en forma uniforme y reiterada ha determinado que

*«La segunda obligación de los Estados partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos»*¹¹.

Finalmente, la CIDH ha precisado que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención:

*«(...) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»*¹².

1.2.2.2 El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales.

A su vez, el artículo 2 de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por los estados partes de ella, en sus expresiones:

«Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se com-

⁹ Cfr. «*principe allant de soi*»; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C. P. J. I., série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párr. 136.

¹⁰ 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 n° 73, párrafo 87.

¹¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n° 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C n° 1.

¹² Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n° 140, párrafo 142.

prometen 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.»

La CADH 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. Ello significa que el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2 de la Convención. Dicho deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudencia ¹³.

Podemos señalar concordando con Cecilia Medina que el artículo 1º de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene frente a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación ¹⁴.

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados Partes contenida en el artículo 2º de la CADH, a través de la cual «*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*».

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rigen como reglas interpretativas básicas contenidas en la misma Convención, en su artículo 29, los postulados o principios de «*progresivi-*

¹³ 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 n° 73, párrafo 87.

¹⁴ MEDINA QUIROGA, Cecilia. (2008), Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos, en III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Materiales bibliográficos N° 1, San José, p. 246.

dad» y «*favor persona*»¹⁵, este último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso «La última tentación de Cristo», donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 n° 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

El Estado Parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente¹⁶, como ocurrió en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile» con el DL 2191 de 1978 de Amnistía; o en el caso «La Cantuta vs. Perú»¹⁷ con

¹⁵ El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva OC 18/03. (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el *Caso Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 181; el *Caso de la «Masacre de Mapiripán»*, párrafo 106; el caso «Ivcher Bronstein con Perú», párrafos 42 y 54.

¹⁶ Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A n° 14.

¹⁷ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162

leyes de amnistía ¹⁸, o más recientemente, en el caso «Gelman vs. Uruguay» ¹⁹ sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, vale decir, son inaplicables.

Los estados partes de la CADH deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declaran sin valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso «Palamara Iribarne vs. Chile» ²⁰, como asimismo, en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile» ²¹, para sólo señalar un par de casos chilenos.

A su vez, la expresión «medidas (...) de otro carácter» que determina la Convención en su artículo 2º, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, mas aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional. Así, la norma convencional en esta doble dimensión, de norma interna e internacional, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha normativa en el estándar mínimo asegurado convencionalmente.

Como ha precisado la CIDH, en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»:

«123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, 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

¹⁸ Como se explicita en el caso, «En consecuencia dichas 'leyes' no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro».

¹⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221, párrafo 223.

²⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n° 135

²¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154.

*es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana»*²².

Esta realidad jurídica que implica que los estados partes se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente, a través de sus diversos órganos y agentes del Estado, lleva a determinar también las obligaciones que corresponden a los jueces nacionales, para que a través de sus actos jurisdiccionales no vulneren los derechos, sino que como corresponde a sus obligaciones jurídicas contribuyan a respetarlos, asegurarlos y garantizarlos, impidiendo así hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en su calidad de Estado juez.

En tal perspectiva, no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas, así ocurrió con los casos chilenos «La última tentación de Cristo»²³, «caso Palamara»²⁴, caso «Claude Reyes vs. Chile»²⁵ y caso «Almonacid y otros vs. Chile»²⁶.

1.3. Consideraciones finales

El análisis efectuado nos permite sostener que las obligaciones generales contenidas en el artículo 1.1. y 2 de la CADH, como asimismo las obligaciones contenidas en el artículo 2º del PIDESC, denominadas obligaciones erga omnes,

²² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, párrafo 123.

²³ 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 n° 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

²⁴ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n° 135. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y Juzgado Naval de Magallanes.

²⁵ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C n° 151. La CIDH conoce de la materia después de pronunciamientos de sentencias en Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Santiago y de sentencia en recurso de Queja de la Corte Suprema de Justicia.

²⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

como asimismo, las obligaciones específicas respecto de cada uno de los derechos asegurados por dichos pactos o convenciones internacionales, son aquellas que los correspondientes órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales establecidos por las respectivas convenciones tienen el deber de examinar al conocer de un caso específico que se les presente por el procedimiento respectivo. Las violaciones de estas obligaciones generales y específicas por alguno de los órganos o agentes del Estado, son atribuibles al Estado como sujeto internacional, configurando un hecho ilícito internacional, el cual genera la responsabilidad internacional respectiva, con el agravante de constituir violaciones de derechos humanos.

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha determinado que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente, «no hay jerarquía de derechos en la Convención»²⁷, sino solo hay algunos que son más protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos admite que la determinación de la infracción del Pacto o Convención Internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas. En el caso de la CADH, debemos tener presente que su artículo 68,1, precisa que «los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento».

2. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU CONTENIDO Y LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS QUE DETERMINA PARA LOS JUECES NACIONALES

En el presente acápite analizaremos el control de convencionalidad determinando su sentido y alcance, como asimismo su concreción en cuanto control concentrado que ejerce la CIDH en el plano internacional y el control difuso de convencionalidad que deben ejercer las jurisdicciones domésticas o nacionales.

²⁷ Corte IDH, «caso Villagrán Morales y otros (caso «niños de la calle») vs. Guatemala», Sentencia de 26 de mayo de 2001.

Es necesario precisar inicialmente que el *control de convencionalidad concentrado* constituye un mecanismo que utiliza la CIDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH 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. Este es el compromiso asumido por los estados al ratificar la CADH y al aceptar la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana.

*Como bien señala Sagüés, al «Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución»*²⁸.

En la historia de la jurisdicción constitucional de la Corte Interamericana hay un solo Estado que ha abandonado el sistema interamericano de protección de derechos que es Barbados; hay un Estado que intentó resistir las sentencias de la Corte Interamericana, como ocurrió con Perú durante el régimen de Fujimori, sin embargo, el Estado peruano cumplió las sentencias una vez restablecido el sistema constitucional democrático, luego de la huida de Fujimori a Japón. En la actualidad, hay un Estado del sistema interamericano que se resiste a

²⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Revista Estudios Constitucionales año 8 n° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca. p. 125.

acatar las sentencias de la Corte Interamericana, como es el caso de Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sus sentencias ha solicitado al gobierno que denuncie el sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo que el Gobierno del Presidente Chávez, no ha hecho. El resto de los Estados que forman parte del sistema interamericano de derechos humanos acata las sentencias de la CIDH.

Cabe señalar que el control de convencionalidad *per se* no es exclusivo del sistema interamericano, este es un control jurídico y jurisdiccional que se concreta en el plano internacional o supranacional en cada caso, el que posibilita determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales de un Estado Parte a partir de la coherencia entre la conducta del Estado y las obligaciones determinadas por la norma jurídica o tratado internacional. Este control de convencionalidad lo ejerce la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de los estados partes de Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte de Luxemburgo respecto de los estados miembros de la Unión Europea, entre otros sistemas. El examen de convencionalidad verifica la adecuación de la conducta de un Estado Parte a la norma o convención internacional respectiva.

El ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional en su caso. Dicho control de convencionalidad en sede de jueces nacionales implica asumir por parte de éstos, que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional el que debe ser asegurado y garantizado en la concreción de sus actos jurisdiccionales, de manera que la inobservancia de un juez de las normas convencionales o de la interpretación de las mismas hecha por el órgano encargado de su interpretación y aplicación, implica responsabilizar al Estado por dicho incumplimiento, al concretar un ilícito internacional. El control de convencionalidad constituye como señala Albanese una «garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente»²⁹, con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.

En el caso del sistema interamericano, el control de convencionalidad exigido a los jueces nacionales por la CIDH, implica que los jueces domésticos deben internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamerica-

²⁹ ALBANESE, Susana.(Coord.) (2008). *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ed Ediar, p. 15.

nos en el plano nacional, debiendo siempre garantizar la CADH y sus pactos complementarios, aplicando los derechos asegurados y garantizados, impidiendo que estos sean afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas y actos de agentes del Estado que desconozcan los estándares mínimos determinados convencionalmente, de acuerdo a la interpretación formulada por la CIDH, como interprete final de la CADH.

Así, el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la CIDH en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los estados partes, como por las jurisdicciones nacionales, quienes al efecto, son jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona.

2.1. El control de convencionalidad en sede internacional

El control de convencionalidad en el plano externo al Estado, en el ámbito del derecho internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los estados partes, a través de sus normas u actos, vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos ese Tribunal es la CIDH, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los estados partes, como asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces.

La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos (cualquiera de ellos) o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH. Puede

sostenerse, por tanto, que desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad³⁰.

En la inmensa mayoría de los casos que le ha tocado analizar a la CIDH, ha determinado la inconvencionalidad de las actuaciones de los agentes del Estado, en cuanto actuaciones que han vulnerado la CADH en forma clara, habiendo sido los derechos afectados, la vida, la integridad personal, el derecho a la jurisdicción, el debido proceso, la libertad de expresión, donde no cabe prácticamente ningún margen de apreciación.

No debemos olvidar que el control jurisdiccional desarrollado por la CIDH es un control subsidiario, que se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona a la que se han vulnerado sus derechos que ocurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculcado.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH, implica que las infracciones a los atributos y garantías de los derechos fundamentales cometidas por los jueces ordinarios, constitucionales o especiales (Estado Juez) tienen hoy consecuencias internacionales que hace sólo unas décadas atrás no tenían, gracias a la existencia de los mecanismos de protección internacional de derechos, entre ellos, en el ámbito regional americano, la CISH y la existencia del amparo interamericano de derechos, lo cual demuestra que, en la actualidad, los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales.

2.2. *El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado juez*

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al artículo 2º de la CADH deben adoptar a través «*de las medidas (...) de otro carácter*» que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales.

³⁰ Sobre el desarrollo del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: HITTERS, Juan Carlos. (2009). «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación»; en *Revista Estudios Constitucionales* año 7 n° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca. pp. 109-128.

El concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la CIDH, por primera vez, en forma unánime, en la sentencia «Almonacid Arellano y otros vs. Chile», el 26 de septiembre de 2006, señalando que:

«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.» (Subrayado añadido).³¹

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes³², hasta llegar al caso «Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú», donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad, señalando que:

«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 «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.» (Subrayado añadido).³³

³¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, párrafo 124.

³² Los casos «La Cantuta vs. Perú», sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso «Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú», Serie C n° 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

³³ 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., párrafo 128.

A su vez, en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 2008, la CIDH precisó:

«180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: 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 garantías³⁴. 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 normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos³⁵»³⁶.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010³⁷, la CIDH, introduce nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas 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 la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos judiciales 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. (Subrayado añadido).

³⁴ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 17, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párr. 118, y *Caso Salvador Chiriboga*, *supra* nota 6, párr. 122.

³⁵ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párr. 124, y *Caso Boyce y otros*, *supra* nota 20, párr. 113.

³⁶ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186, párrafo 180.

³⁷ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220.

En 2011, en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte Interamericana reitera una vez más su jurisprudencia, señalando:

193 «Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y 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 Americana³⁸»³⁹.

Esta perspectiva se ha reiterado uniformemente hasta el presente en muchos casos por la CIDH⁴⁰, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollada por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

³⁸ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 176, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, *supra* nota 16, párr. 225. *Las negritas son nuestras*.

³⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221, párrafo 193. *Las negritas son nuestras*.

⁴⁰ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C n° 186, párrafo 180; *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, párrafo 339. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C n° 213, párrafo 208, nota 307; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n° 214, párrafo. 311; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n° 215, párrafo 234; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221, párrafo 193. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 226.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno ya existía previamente al caso «Almonacid Arellano vs. Chile», lo que hace la CIDH en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como «control de convencionalidad».

De las sentencias de la CIDH antes precisadas, pueden determinarse las obligaciones de los jueces nacionales en términos de hacer cumplir en el derecho interno el respeto y garantía de los derechos humanos convencionalmente asegurados contra toda norma interna que los contravenga, dándole a tales derechos un efecto útil.

Cuando la CIDH se refiere a los jueces nacionales, no se refiere únicamente a los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial, como queda clarificado en la sentencia *del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde se refiere a «*todos sus órganos*», refiriéndose al Estado Parte que ha ratificado la Convención Americana, «*incluidos sus jueces*», deben velar por el efecto útil del Pacto, como asimismo que «*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*» están obligados a ejercer, de oficio, el «control de convencionalidad», es claro, entonces que todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que incluye obviamente a los Tribunales Constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias, deben ejercer el control de convencionalidad contra normas internas que afecten o vulneren los derechos convencionales. Tales jueces deben asegurar el objeto y fin de la Convención y el respeto y garantía específicos de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces domésticos debe realizar el control de convencionalidad, integrando en el sistema de toma de decisiones jurisdiccionales los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los convenios complementarios, dando un efecto útil al deber de garantizar tales derechos.

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre el *principio de progresividad y favor persona*⁴¹ que se encuen-

⁴¹ Ver entre otros, Pinto Mónica (1997), «El principio *Pro Homine*», en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto. BIDART CAMPOS, G. (2001), «Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine», publicado en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (coords). AAVV, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires, Editorial Ediar. AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco (2005). «El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado» en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. pp. 337-380.

tran en las normas de interpretación de derechos contenidas en el artículo 29 literal b) de la CADH ⁴², como asimismo, en el artículo 5° del PIDCP ⁴³, entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las Constituciones han empezado a positivar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos ⁴⁴, como son la *interpretación conforme con el derecho internacional*

⁴² Art. 29 Literal b) CADH, prescribe que ninguna disposición de mismo puede ser interpretada en el sentido de «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».

⁴³ Art 5° PIDCP: «1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

⁴⁴ La *Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13. IV.* determina que «los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». La *Constitución de Colombia en su artículo 93* determina: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». La *Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417* prescribe que «en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución». La *reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución*, precisa: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley». La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3°, determina: «Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido mas favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución». La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con

de los derechos humanos, el principio de progresividad, el principio pro homine o favor persona, entre otras reglas de interpretación de derechos, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aún cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales aún cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

El control de convencionalidad deben concretarlo cada uno y todos los jueces cuando lo soliciten las partes, pero si ellas no lo demandan constituye un deber del juez aplicar el control de convencionalidad «ex officio», como se explicita en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, manteniéndose uniformemente dicha línea jurisprudencial hasta la actualidad. La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*⁴⁵, 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 cuanto el juez es un agente del mismo Estado, es el Estado Juez, si ello no se corrige en el derecho interno, antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto interprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención, según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La CIDH entiende que su jurisprudencia debe ser-

la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.» La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

⁴⁵ El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aún cuando las partes no las invoquen.

vir de base para la aplicación de la CADH, así lo establece claramente en diversas otras sentencias, entre ellas, «*Boyce y otros vs. Barbados*», cuando determina que los jueces 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»⁴⁶. Así, la interpretación formulada por la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición, de la misma manera como se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* cuando afirma que «la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material». Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce «efectos expansivos» de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia»⁴⁷.

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los estados partes de la Convención en cuanto expresión del Estado juez se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los estados partes del sistema deben asumir, mas allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la «*ratio decidendi*» o «*holding*» de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado «interpretación mutativa por adición»⁴⁸. Para facilitar la eficacia general con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la CIDH, la CADH, en su artículo 69, establece que, el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la contro-

⁴⁶ Corte IDH: Caso «*Boyce y otros vs. Barbados*», párrafo 78; «*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*», párrafo 124.

⁴⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en voto razonado en *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220, párrafo 79.

⁴⁸ THURY CORNEJO, Valentín. (2011). La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana. Documento inédito presentado a las Jornadas Argentino. Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional. Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.

versia, deba también ser «transmitido a los Estados parte de la Convención», con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

En este plano, es necesario precisar que, el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana que realicen los tribunales domésticos, es el que *debe ejercer todo juez de un Estado Parte aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH*, lo que constituye un *control diferente y distinto del control de constitucionalidad*.

Concordamos con Lucchetti, cuando éste destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad, «*y para cumplir con este mandato el juez del Estado parte debe agudizar al máximo su imaginación con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir, que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el artículo 29 de la Convención Americana*»⁴⁹.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales nacionales de todo orden⁵⁰, 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. Se trata de una comunicación interjurisdiccional de sentido único, de la CIDH a los tribunales domésticos, donde hasta ahora hay poca recepción de aportes locales de parte de la CIDH. El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como se explicita por la CIDH en el caso «*Gelman vs. Uruguay*», respecto de los fallos de la Corte Suprema del

⁴⁹ LUCCHETTI, Alberto (2008). «Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad»; en Albanese, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 142.

⁵⁰ Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220, párrafo 7°; ver también, GARCÍA-SAYÁN, Diego. (2005), «Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 323-384.

Uruguay respecto de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado ⁵¹. A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos ha contribuido a que los estados innoven el ordenamiento jurídico retirando normativas inconvenientes, como asimismo posibilitando mejorar, como señala Abramovich, «*las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional*» ⁵².

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquía y materia, como asimismo un cierto manejo de la dinámica de la jurisprudencia convencional.

2.2.1. Diferencias entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad

En efecto, el control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios del mismo, como determina el artículo 29 de la Convención, para estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH para efectos de este control. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quien concordamos, «*se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado 'un tratado como la Convención'. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante*» ⁵³, en tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos.

Sobre el uso de otros instrumentos convencionales internacionales sobre derechos fundamentales la CIDH ya manifestó su perspectiva favorable en la

⁵¹ Corte IDH. *Caso Gelman v.s Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n° 221, párrafo 232.

⁵² ABRAMOVICH, Víctor. «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol 6 n°11, p. 10 www.revistasur.org <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11>, [artigo_01.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11)

⁵³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El «control de convencionalidad», en particular sobre las constituciones nacionales, en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

Opinión Consultiva 1/82, utilizando como regla el principio *pro homine* o *favor persona*, con sede en el art. 29, literal b) de la CADH, sosteniendo al respecto:

«La función que el art. 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b)»⁵⁴.

A su vez, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal»⁵⁵, estableció que:

«El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y 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 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»⁵⁶.

Más recientemente, la CIDH ha sostenido en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, que el objeto de su mandato –dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente– «es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia»⁵⁷ y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados. El parámetro del «control difuso de convencionalidad» comprende la Convención Americana, junto a los «Protocolos» adicionales a ella, como asimismo otros instrumentos internacionales que se han integrado al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la CIDH.

⁵⁴ CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, «otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte, Serie A n° 1, párrafo 42.

⁵⁵ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A n° 16

⁵⁶ OC-16/99, párrafo 115.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C n° 217, párrafo 199.

Como señala Ferrer Mac-Gregor, «se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”»⁵⁸ por parte de los jueces nacionales.

El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad, éste tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de que ciertas constituciones contemplen, como parte de su contenido, los atributos y garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, como ocurre con el artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena, los cuales son considerados expresamente por dicho enunciado constitucional como limitaciones al ejercicio de la soberanía; o que, en otros casos, las constituciones incorporen a los tratados y convenciones de derechos humanos en cuanto tales con jerarquía constitucional, como ocurre entre muchos otros, a manera ejemplar, con las constituciones de Argentina, de Brasil, de México. En estos casos el control de constitucionalidad que realiza la jurisdicción constitucional respectiva, concentrada o difusa, a través de acciones o excepciones, de control abstracto o concreto, en su caso, debe integrar en el parámetro de control de constitucionalidad el *bloque constitucional*, el cual incluye ya no sólo los atributos y garantías de los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución, sino los atributos y garantías que enriquecen tales derechos y que se encuentran contenidos en la fuente convencional de derecho internacional o los atributos y garantías que integran derechos no asegurados por la fuente constitucional, *derechos nuevos* que se asumen por la vía convencional o de *derechos implícitos* que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

En esta perspectiva, la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente control de constitucionalidad y control de convencionalidad, asumiendo que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última. A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Como sostiene el distinguido jurista brasileño y ex Presidente de la CIDH, y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el «control de convencionalidad» en su voto razonado con

⁵⁸ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. voto concurrente en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220, párrafo 50°.

motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:⁵⁹ «los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana».

Así los jueces domésticos ordinarios, especiales y constitucionales deben ejercer control de convencionalidad. En algunos países de América Latina, el control de constitucionalidad y de convencionalidad puede ejercerse por todos los jueces cuando estos establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido en forma concentrada ya sea por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay; por una Sala Constitucional de ella, como ocurre por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o sólo por una Corte o Tribunal Constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador y como abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

Cualquiera que sea el órgano judicial que desarrolle control de convencionalidad éste puede concretarse por el tribunal en cualquier momento antes de dictar la sentencia, lo que requiere que si lo ejerce «ex officio» lo notifique a las partes, para que estas puedan argumentar sobre la materia, como elemento indispensable y básico del derecho a un debido proceso.

2.2.2. Los efectos del control de convencionalidad aplicado por el juez nacional

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, la que se encuentra positivada la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en los artículos 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo, el artículo 27 que determina que un Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello implica necesariamente ajustar el derecho interno para hacerlo compatible con las obligaciones internacionales. La función

⁵⁹ Párrafo 3º del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançade Trindade.

de los órganos judiciales en este plano es hacer sus mejores esfuerzos para otorgar efecto útil a las normas internacionales, mas aún cuando ellas constituyen derechos que emanan de la dignidad humana, los cuales debe ser efectivizados por el Estado juez a través de la adopción de las resoluciones jurisdiccionales conforme a las obligaciones generales establecidas por los artículos 1.1 y 2 de la CADH, como asimismo a través de una interpretación *favor persona* posibilitar el goce más amplio de los derechos de acuerdo con el artículo 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos a través de eventuales conductas omisivas.

Si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna (ley, reglamento, decreto, resolución) es «inconvencional» se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del derecho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la de un control de constitucionalidad concreto que solo inaplica la norma contraria en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente. La inaplicación de la norma legal o reglamentaria por el Estado juez en este caso constituye una derivación de la aplicación preferente de los derechos asegurados convencionalmente en sus estándares mínimos respecto de las normas internas que los irrespetan, aplicando los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptando las medidas necesarias para dar eficacia interna a los derechos asegurados convencionalmente y eliminar las prácticas contrarias a ellos, de acuerdo con el artículo 2° de la CADH.

Uno de los riesgos correctamente advertidos por Londoño del control de convencionalidad que deben efectuar todos los jueces nacionales, es la fragmentación jurisprudencial⁶⁰ en la interpretación local de la convención y sus pactos complementarios, debiendo los tribunales locales aplicar los estándares internacionales ya determinados por la jurisprudencia de la CIDH, como en el caso de la inexistencia de tales estándares, ellos deben desarrollarse a través de una interpretación razonable y adecuada de los textos convencionales, lo que podrá ser corregido en sede internacional por la CIDH, si ellos no son los adecuados.

⁶⁰ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 128. Mexico D. F., UNAM, pp. 761-814.

El control de convencionalidad deposita en sede jurisdiccional nacional un voto de confianza en que los jueces locales interpretarán y aplicarán el derecho de los derechos humanos contribuyendo a generar *un derecho público común básico de nivel regional interamericano*, reforzando el Estado constitucional democrático en la región, una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, un derecho público regional más integrado al menos en los estándares mínimos de respeto de derechos humanos y jueces más legitimados y empoderados de su función de aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales.

Si el órgano que realiza el control de convencionalidad tiene, además la competencia de ejercer jurisdicción constitucional con competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debería expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un carácter inconvencional en todas las hipótesis de aplicación posibles, si ello se analiza en el contexto de un control de constitucionalidad abstracto reparador o preventivo, en su caso. Si el órgano jurisdiccional interno sólo dispone de competencia de control concreto con efectos *inter partes* sólo inaplicará la norma interna contraria a los derechos asegurados.

En el supuesto de una tensión entre aseguramiento mayor de derechos humanos por parte de la Convención en relación al aseguramiento en el texto formal de la Constitución respectiva, si el Estado debe cumplir con las obligaciones convencionales y no puede alegar su Constitución para incumplir el deber de garantizar los derechos en los estándares mínimos convencionales determinados por la CIDH, sin poder oponer, de acuerdo al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obstáculos de derecho interno, al cumplimiento de las obligaciones internacionales, ello obliga al Estado juez a la aplicación de una interpretación de los derechos «*favor persona*», aplicando preferentemente el estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional, única opción que posibilita no vulnerar derechos humanos ni incurrir en responsabilidad internacional por violación de ellos, lo que implica reconocer que, en la práctica, los derechos asegurados convencionalmente deben interpretarse y aplicarse teniendo en consideración aquellos atributos y garantías que se encuentran asegurados en la CADH como estándar mínimo, lo que genera la obligación jurídica de aplicar siempre la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos o aquella que los limite menos, asegurando que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido al Estado Parte de respeto y garantía de los derechos humanos por la CADH.

A su vez, si hay una norma constitucional que vulnera la CADH y así ha sido determinado jurisdiccionalmente por la CIDH, al Estado no le queda otra alter-

nativa que ejercer su potestad constituyente, en virtud de la obligación estatuida por el artículo 2º de la CADH, con el objeto de modificar el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección de derechos humanos, para asegurar y garantizar adecuadamente los derechos al menos con dicho estándar mínimo, de lo contrario, se genera un *estado de cosas «inconvencional»* o un *ilícito internacional continuado* latente, como asimismo una inseguridad jurídica que vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos esenciales o fundamentales, mientras no sea eliminada la norma constitucional lesiva para ellos, como ocurrió en el caso «*La última tentación de Cristo*», con el artículo 19 N° 12, inciso final de la Constitución.

La perspectiva reseñada en el párrafo anterior implica un reconocimiento concreto que los derechos esenciales o convencionales de la persona afirmados por la CADH se encuentran sobre *todo el derecho interno*, incluido en tal afirmación el texto Constitucional, cuando este posee estándares inferiores de protección de derechos que los asegurados por la CADH. En otras palabras, significa reconocer que los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un *orden público común interamericano*⁶¹, que ningún Estado Parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando esta afecta atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos que, en la Constitución chilena está expresamente contenido en el artículo 5º inciso 2º de ella. En otras constituciones es una consecuencia de la incorporación y uso del *principio pro homine* o *favor persona*, expresamente contenido en los textos constitucionales, como ejemplo en los casos de Ecuador⁶², México⁶³, República Dominicana⁶⁴.

⁶¹ Más bien, debiéramos decir, más concretamente, *latinoamericano*, ya que ni Canadá, ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace más homogéneo desde una perspectiva cultural.

⁶² La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que «*en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*».

⁶³ La reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución, precisa: «*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*»

⁶⁴ La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3º, determina: «*Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y*

A su vez, en otros casos, serán los propios tribunales supremos de cada Estado los que aplicarán la regla *pro homine* o *favor persona* como pauta básica de interpretación de derechos, como derivación obligatoria del art. 29 b) de la CADH, pudiendo reseñarse sobre la materia algunos ejemplos jurisprudenciales que aplican correctamente tal perspectiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha aplicado el principio *pro homine* o *favor persona* no solo para interpretar en la forma más favorable a la persona los derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, sino también entre estos últimos, como ocurre en la sentencia Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros, 11.8.2009 – Fallos: 332:1835 ⁶⁵. Como asimismo ha concretado el control de convencionalidad, siendo doctrina de la Corte Suprema que garantizar los derechos humanos «implica para el estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquellos, lo que comprende el ejercicio del ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esta situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio (CS, García Méndez, Emilio, 02/12/2008 – Fallos:331:2691 ⁶⁶.

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en muchas oportunidades aplicando el principio *pro homine* o *favor persona* ⁶⁷, aquí citaremos sólo una de las últimas sentencias en la materia:

«En lo relativo a este punto, el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este

sus garantías, en el sentido mas favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución».

⁶⁵ Citado por SABSAY, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

⁶⁶ Citado por SABSAY, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

⁶⁷ Sentencias Corte Constitucional: C-551 de 2003; C- 817 de 2004; C-1056 de 2004; C-148 de 2005; C-187 de 2006; T-284 de 2006; T-945/06; C- 376/10; T-105/11; T-110/11; T-233/11; C-185/11. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Proceso n° 35644 Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz Bogotá D. C., veinte de enero de dos mil once.

*principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades»*⁶⁸.

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia de 14 de mayo de 2004, reitera su jurisprudencia mantenida desde 1992, que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y prevalecen o se aplican preferentemente sobre la Constitución si ellos aseguran mayores atributos o garantías de los derechos que el texto constitucional:

*«Aunque no es esta la sentencia para extenderse en este aspecto, sí resulta necesario tomar en cuenta las resoluciones número 63, de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco; número 1993 de doce de mayo de mil novecientos setenta y seis, número 2076 de trece de mayo de mil novecientos setenta y siete, y número 1984/47 de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que adoptaron las «Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos», las cuales son aplicables en nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, porque a través de esta previsión se han elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, debiéndoseles tener no solamente como criterios de interpretación de la Constitución, sino que en la medida en que aquellos sean más favorables priman por sobre ella (ver en tal sentido sentencias número 0709-91, 2313-95 y 1032-96)»*⁶⁹.

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa*, en sentencia de 2008, reitera su línea jurisprudencial sobre la materia:

*«Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta»*⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia Corte Constitucional Colombia, T-129/11, parte del considerando 7º.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.

⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 08-012101-0007-CO, a las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el principio pro homine o favor persona, en la sentencia rol N° N° 740-07, de 2008:

«Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio «favor persona» o «pro homine» en forma consecuyente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al «servicio de la persona humana» y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud»⁷¹.

Esta perspectiva ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional chileno en la sentencia 1361-09, su sentencia sobre la LEGE de 2009, donde se asume el postulado con el alcance precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con cita explícita a ella:

«Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio ‘pro homine’ o ‘favor libertatis’ definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: ‘Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana’ (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740);»⁷².

La Corte Suprema de El Salvador, ya en sentencia emitida en abril de 2004, ha precisado el abandono del principio de jerarquía entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos, determinando que *el principio de aplicación en la materia no es la jerarquía sino la norma que mejor proteja los derechos de las personas*, el principio favor persona:

«{...} corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las pri-

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

meras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el {derecho internacional de los derechos humanos} y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el {derecho internacional de los derechos humanos} y el derecho constitucional, es el trazo que mas distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

«En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el {derecho internacional de los derechos humanos}, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos»⁷³.

Una sentencia del *Tribunal Constitucional peruano*, sobre la materia en análisis, es el fallo en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

«la noción de “sustento constitucional directo” (...) no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o “bloque de constitucionalidad”»⁷⁴.

Por último, en este sobrevuelo sobre la jurisprudencia de cortes supremas y tribunales constitucionales latinoamericanos que hemos desarrollado en orden alfabético, debemos cerrarla con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Uruguay, para lo cual citaremos la sentencia de octubre de 2009, que explicita la doctrina de dicha Corte:

«La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

(...)

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del

⁷³ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley antimaras», Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153-163.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Fernández, fundamento jurídico 9°.

tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida que los derechos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand. Ob. cit. pp. 114 y 115)»⁷⁵.

Este enfoque de los derechos supera el enfoque tradicional de la jerarquía normativa y posibilita siempre aplicar la norma que mejor protege el o los derechos en análisis o aquella que lo restringe o limita menos, en la medida que los derechos y la dignidad de la persona son los pilares fundamentales del ordenamiento constitucional en un constitucionalismo democrático contemporáneo. Esta perspectiva implica reconocer en la CADH un instrumento que forma parte del *orden público interamericano*, en la misma perspectiva que en su momento hizo la Corte europea de Derechos Humanos respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos, como «*instrumento constitucional del orden público europeo*»⁷⁶.

2.2.2. El aseguramiento de una interpretación conforme con la Convención por el juez convencional interno que ejerce jurisdicción constitucional

En la perspectiva asumida por el sistema interamericano y su órgano jurisdiccional, la CIDH, si una norma constitucional de un Estado Parte tiene dos o más interpretaciones posibles, unas contrarias a los derechos asegurados por la Convención y otras conforme con los derechos asegurados convencionalmente, los jueces constitucionales deberían asumir la interpretación conforme con la CADH y desechar las interpretaciones contrarias a la misma, de la misma mane-

⁷⁵ Sentencia de la Suprema Corte del Uruguay, n° 365, de 19 de octubre de 2009, Magistrados Larrieux, Van Rompaey, Rubial Pino, Chediak, Gutierrez, fundamento III.8. Ver Risso Ferrans, Martín (2010).

⁷⁶ Corte EDH, caso Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, párrafo 75. Ver comentario sentencia en Sudré, F y otros. (2005). *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. París. Ed Themis, capítulo I: «un instrumento del orden público europeo».

ra que deben optar por la interpretación conforme con la Constitución y desechar la interpretación contraria a la Carta Fundamental cuando analizan la constitucionalidad de una norma infraconstitucional de derecho interno. Lo antes señalado lleva a la conclusión de que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad interno se busca que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y descarguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a resolver el inmenso tráfago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Como señala el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez: *«Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría—ni lo pretende—traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira—mucho menos todavía que el órgano nacional—a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.*

*Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes»*⁷⁷.

Constituye así un desafío mayor que los jueces nacionales asuman este control de convencionalidad, siempre dentro del ámbito de las competencias y de acuerdo a los procedimientos que determinan los ordenamientos jurídicos nacionales constituyéndose también en jueces convencionales, produciendo sus mejores esfuerzos en la interpretación de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por fuente constitucional e internacional, armonizando dichas fuentes y aplicando los postulados de «progresividad» y «favor persona», contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la comunidad nacional, un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales, en definitiva, una contribución al bien común y al desarrollo del conjunto de la sociedad, pasando a etapas más humanas y a una mejor calidad de Estado constitucional democrático, que siempre implica una elevación de la calidad de vida del conjunto de la sociedad.

⁷⁷ Corte IDH. «Caso Tibi vs. Ecuador», sentencia de 07/09/2004, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 4º y 5º.

3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA PRAXIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

En el ámbito nacional puede sostenerse que el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2010, sólo menciona la jurisprudencia de la CIDH en dos sentencias de 2008 (roles 986 y 1130), en una sentencia en 2009 (rol N° 1361) y en una oportunidad en 2010 (sentencia rol N° 1567).

3.1. *Tribunal Constitucional y control de convencionalidad respecto del derecho al recurso (roles 986 y 1130)*

Los dos casos considerados de 2008, puede sostenerse, sin duda alguna, que el Tribunal Constitucional no concreta el control de convencionalidad en forma adecuada, en materia del derecho al recurso contemplado en el artículo 8.2 literal h de la CADH y la respectiva interpretación de la CIDH; ni tampoco realiza el análisis en relación al artículo 14°, párrafo 5° del PIDCP y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ⁷⁸, existiendo en este último una abundante jurisprudencia.

3.1.1. El recurso de inaplicabilidad en el caso Aarón Vásquez respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal (Rol N° 986)

En el caso Aarón Vásquez, Rol N° 986, se analiza el derecho al recurso ante una sentencia penal, como parte del debido proceso ⁷⁹. En este caso, un tribunal penal oral, en un primer juicio oral que había sido desfavorable para las pretensiones de la fiscalía de calificación del delito como homicidio calificado, favorece la tesis sostenida por la defensa del acusado, determinando que los hechos analizados determinaban la existencia del delito de homicidio simple, estableciendo una condena de 3 años; dicha sentencia fue impugnada por la fiscalía a través del recurso de nulidad, al cual se accedió, concretándose un nuevo juicio oral con otros jueces del tribunal penal oral, estableciendo el nuevo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con el agravante de ale-

⁷⁸ Dictamen de 20 de junio de 2000 (caso Gómez Vásquez c. España, 701/1996); Dictamen de 30 de julio de 2003 (en caso Joseph Semey c. España); Dictamen de 7 de agosto de 2003 (en caso Sineiro Fernández c. España, 1007/2001); Dictamen de 29 de marzo de 2005 (en caso Martínez Fernández c. España).

⁷⁹ Sentencia del Tribunal constitucional, Rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008.

vosía, aplicándosele la pena de 7 años de internación en régimen cerrado. Esta sentencia es considerada agravante por la defensa del acusado, considerando que respecto de ella le cabe el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, lo que el ordenamiento legal le niega, ya que el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal determina que frente a un segundo fallo condenatorio, no existe derecho a recurrir del mismo, aún cuando el recurso no se hubiere intentado en el primer juicio oral por el condenado. La defensa del condenado plantea la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando que los efectos que genera el inciso 2° del artículo 387 del Código Procesal Penal en el caso concreto, lo priva del derecho a la revisión de la sentencia a la que tiene derecho dentro de un debido proceso, el que se encuentra asegurado, además, por la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° en relación con los artículos 8° párrafo 2, literal h) de la CADH. y en el art. 14, párrafo 5 del PIDCP de NU.

Puede sostenerse que los estándares mínimos del derecho al recurso en el sistema interamericano quedan claramente explicitados en la jurisprudencia de la CIDH en el caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», donde la CIDH determina detalladamente los requisitos que debe contemplar el derecho a la revisión de la sentencia penal para cumplir los parámetros determinados por la CADH en su art. 8.2. literal h):

- a) Para que haya una *verdadera revisión de la sentencia*, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto (Párrafo 159°).
- b) se debe entender que el *recurso que contempla el artículo 8.2.b. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz* mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. (Párrafo 161°). La Corte ha establecido que «*no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces*», es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (Párrafo 161°).
- c) Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, *no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo*. (Párrafo 161°).
- d) La *posibilidad de «recurrir del fallo» debe ser accesible*, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (Párrafo 164°).
- e) Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, *lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida*. (Párrafo 165°).

En el caso Aarón Vásquez, se niega el derecho al recurso en virtud de que éste ha sido condenado en dos sentencias, habiendo sido anulado el primer juicio en virtud de haber ejercido recurso de nulidad el Ministerio Público, siendo condenado el afectado en el segundo juicio a una pena mayor después de ser recalificado el delito por el segundo tribunal de homicidio simple a homicidio calificado. El artículo 387 inciso 2º del Código Procesal Penal niega al condenado en el segundo juicio el derecho al recurso cuando este ya había sido condenado en el primer juicio, sin que éste último nunca hubiere podido haber ejercido el derecho al recurso, lo que afecta en su esencia el derecho al recurso, lo que supera todo margen de apreciación que pueda dejarse al legislador nacional, como establece el párrafo 161 de la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, lo que no es asumido por el Tribunal Constitucional que se queda con una interpretación de que Aarón Vásquez debió haber recurrido de la primera sentencia porque ella ya le había producido un agravio al condenarlo (considerando 15º), considerando que el condenado al no hacer uso del derecho al recurso contemplado en el ordenamiento jurídico, respecto de la primera sentencia, que le había causado un agravio objetivo, pese a considerarlo así subjetivamente el condenado, no posibilitó al segundo tribunal ampliar su competencia específica, limitando por voluntad propia su derecho de defensa (considerando 22º), dicha perspectiva implica asumir una concepción restrictiva del derecho al recurso que es contraria a una interpretación favor persona y al principio *pro accione* que el Tribunal Constitucional ha sustentado en otras ocasiones, lo que cuestionará el voto disidente de la sentencia (Ministros Mario Fernández y Hernán Vodanovic).

Asimismo, sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional que analizar las consideraciones de mérito que tuvo el legislador al asumir el sistema recursivo implementado por el Código Procesal Penal (considerando 16º), no es de competencia suya, lo que es efectivo, pero sí es competencia determinar si la norma legal que regula el sistema recursivo cumple con el estándar mínimo exigido constitucionalmente, considerando la norma de reenvío del art. 5º inciso 2º al artículo 8º.2. literal h) de la CADH, para lo cual necesariamente debe tenerse en consideración la interpretación de ella de la CIDH, como interprete final de la Convención.

No es efectivo que si se acogiere la acción de inaplicabilidad se estaría en el caso concreto dejando sin recurso igualmente a Aarón Vásquez, ya que no es necesario declarar inaplicable todo el texto del inciso 2º del artículo 387 del CPP, sino sólo aquella parte que determina la inexistencia de recurso cuando hay segundo fallo condenatorio, vale decir, sólo la primera parte del inciso 2º de la disposición considerada.

A su vez, el Tribunal Constitucional olvida en su considerando 38° que el derecho al recurso es el derecho a un *recurso ordinario eficaz* como establece la CIDH en la sentencia Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica en su párrafo 161°, por tanto es improcedente referirse como lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional a los recursos de queja (545 Código Orgánico de Tribunales) y de revisión de sentencia firme (arts. 473 y ss. del CPP), ya que ellos son *recursos extraordinarios* que no cumplen el estándar mínimo de la CADH.

Además, el derecho al recurso debe ser un recurso que garantice un examen integral de la decisión recurrida, como determina la CIDH en el caso Herrera Ulloa en su párrafo 165°, tema sobre el cual el Tribunal Constitucional no desliza reflexión jurídica alguna sobre la materia.

En suma, en este caso, la sentencia del Tribunal Constitucional omite considerar el estándar mínimo exigido por el derecho al recurso contenido en el art. 8°.2. literal h) de la CADH, en la interpretación y aplicación hecha por la CIDH, omitiendo el control de convencionalidad exigido por el sistema interamericano de protección de derechos a los jueces nacionales, entre ellos a los tribunales constitucionales.

Sólo será el voto disidente de los Ministros Fernández y Vodanovic el que se hará cargo del derecho al recurso asegurado por el derecho convencional internacional de derechos humanos vinculante y exigible al Estado chileno a través del PIDCP, la CADH y la Convención sobre Derechos del Niño, (considerando 23°); que el agravio para Aarón Vásquez se produjo en la segunda sentencia condenatoria que calificó al delito como homicidio calificado y no en la primera (considerando 25°), del estándar fijado por la CIDH en el caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, determinando que la disposición del Código Procesal Penal privaba a Aarón Vásquez del derecho al recurso, al impedirle recurrir cuando éste se consideraba agraviado por la sentencia del segundo juicio, como asimismo, recriminará a la mayoría del tribunal por no hacerse cargo del que el derecho al recurso es *a un recurso ordinario eficaz* y no a un recurso extraordinario como es la queja disciplinaria, o como es el recurso de revisión (considerando 26°).

3.1.2. El caso de inaplicabilidad deducido por Carolina Gajardo Salazar respecto del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal (rol n° 1130)

El mismo tema vuelve a ser planteado en el caso Rol n° 1130⁸⁰, repitiéndose las argumentaciones en sus aspectos centrales, el fallo en su considerando 6°

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1130-07-INA, de 7 de octubre de 2008.

repite las consideraciones ya formuladas en el fallo anteriormente analizado (Rol n° 986), sobre las consideraciones y características del proceso penal acusatorio y del sistema recursivo implementado por el legislador; se precisa que se desecha la apelación y se opta por el recurso de nulidad (considerando 12°), luego analiza las causales del recurso de nulidad, para luego examinar los requisitos de la acción de inaplicabilidad, determinado que en este caso concreto, la parte no se refiere al tercer elemento del cotejo, las características del caso concreto y los efectos inconstitucionales que producirían en el mismo la aplicación del artículo 383 inciso 2°, limitándose a contrastar la norma legal con la constitucional (considerando 18°); al no señalar la parte los efectos concretos inconstitucionales que produce la aplicación de la disposición cuestionada y la forma en que se produce, no puede darse lugar al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (considerando 20°).

La disidencia de los ministros Jorge Correa y Hernán Vodanovic determina que la inaplicabilidad puede deducirse de la incompatibilidad absoluta del precepto legal con el parámetro de control de constitucionalidad, lo que lógicamente determina su inaplicabilidad al caso concreto (considerando 3°), que la pérdida de eficacia del inciso 2° del artículo 383 del CPP, se evita declarando inaplicable sólo la primera parte del inciso cuestionado (considerando 4°); por otra parte, «debe ponderarse el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, garantía esencial de la libertad personal, misma que constituye componente indispensable para calificar a un procedimiento penal como justo y racional y para estimar asegurado el derecho a la defensa» (considerando 9°); asimismo, la privación del derecho al recurso en el caso concreto produce un efecto inconstitucional, al trasgredir el derecho constitucional a la igual protección de los derechos (considerando 12°); asimismo, no responde a los estándares fijados por el PIDCP y la CADH, además de considerar que el derecho al recurso es a un recurso ordinario, lo que no cumple el recurso de queja (considerandos 16 y 17°).

Cabe explicitar que el derecho a la revisión de la sentencia penal debe cumplir cabalmente con los estándares mínimos que contempla el artículo 8° párrafo 2, literal h), de la CADH, en la interpretación y aplicación hecha por el órgano final del mismo que es la CIDH. Tal derecho a un recurso debe ser concretado por un tribunal superior que reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto; el recurso debe posibilitar una revisión integral del fallo; dicho recurso debe ser un recurso ordinario eficaz; el acceso al mismo debe ser expedito y sin mayores complejidades; y el legislador en su regulación no puede afectar estas características que forman parte del contenido esencial del derecho. El no considerar tales estándares mínimos vulnera

los deberes de respeto y garantía de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 1 y la obligación de adoptar las medidas adecuadas, dentro de la respectiva competencia del órgano jurisdiccional que exige el artículo 2º, ambos de la CADH, además de la violación específica del artículo 8.2. literal h) de la misma Convención, el que integra el parámetro de control de constitucionalidad por vía del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, todo lo cual es parte del control de convencionalidad antes analizado que exige la CIDH a los tribunales nacionales, sean estos ordinarios, especiales o constitucionales.

3.2. *El Tribunal Constitucional asume la regla básica de interpretación de derechos favor homine*

En el año 2009, en la sentencia Rol 1361-09, el Tribunal Constitucional asume el principio *pro homine* o *favor persona*, como postulado básico de interpretación de los derechos, asumiendo que debe aplicarse aquella normativa que mejor protege los atributos y garantías de los derechos, haciendo referencia explícita a su fundamento en la sentencia de la CIDH en la Opinión Consultiva 5/85 de la CIDH⁸¹, lo que constituye un avance significativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

El asumir el principio *pro homine* o *favor persona*, el Tribunal Constitucional incorpora como regla hermenéutica fundamental en materia de derechos fundamentales que ellos deben interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más se favorezca a la persona humana, lo que se extrae como elemento estructurante esencial de nuestro ordenamiento jurídico del artículo 1º de nuestra Constitución, como asimismo del artículo 29 literal b) de la CIDH. De esta manera, siempre el juez ordinario o constitucional está obligado a aplicar la fuente constitucional o la fuente internacional que asegure y garantice los derechos en forma más beneficiosa para el respeto del ser humano, sin que ello implique un problema de jerarquía normativa. Dicha regla interpretativa como señala Hernández Valle, «junto con el de *pro libertatis*, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse de la manera que mas favorezca al ser humano»⁸².

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73º.

⁸² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2011) «El control convencional en el ordenamiento jurídico costarricense». En ETO CRUZ, Gerardo (coord.) *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional: Liber Amicorum Néstor Pedro Sagúés*. Tomo I, Lima, Editorial Adrus, pp. 923.

3.3. *Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad. (rol n° 567)*

En esta sentencia pronunciada a requerimiento de algunos parlamentarios, autoridades locales y dirigentes sociales, se busca por parte de los requirentes la determinación de inconstitucionalidad de diversos movimientos políticos Movimiento Patria Nueva Sociedad, Instituto de Metapolítica NS, Vanguardia Nacional Chilena, Martillo del Sur, Camisas Pardas, Estandarte Hitleriano, Movimiento Nacional Socialista de los Trabajadores, Patriotas, Juventud Nacionalista Obrera, Chile Imperial y Nueva Unión, considerándolos movimientos nacistas o facistas. Luego los requirentes modificaron el requerimiento y lo dirigieron sólo contra el Movimiento Patria Nueva Sociedad por ser un movimiento nacional socialista, pronunciándose la sentencia solamente respecto de este último movimiento político ⁸³.

El Tribunal Constitucional rechazará el requerimiento en su sentencia, considerando que no hay elementos de prueba que declarar la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Dentro de los razonamientos realizados por el Tribunal Constitucional en el análisis del caso, determinándose que nuestro sistema constitucional no asume la concepción de la democracia militante, sino la de una democracia pluralista, que asegura las distintas corrientes de expresión ideológica, garantizando por tanto la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional asume la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35º, que considera la libertad de expresión como «un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia», invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional determinará que conforme a la jurisprudencia de la CIDH no puede limitarse la expresión de ideas, «aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 567-10 de 3 de junio de 2010.

Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41° de la sentencia, refiriéndose a las normas que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares de la CIDH fijados en la sentencia Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, precisa «que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal» (Caso Castillo Petruzzi y otros, p. 121). Agregando que la ambigüedad de la ley podría «abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este Tribunal «todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados» (considerando 40°).

A su vez, el Tribunal Constitucional invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las restricciones que pueden imponerse al derecho de asociación, «toda restricción de la libertad de asociación supone una interpretación estricta según el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual deja a las autoridades nacionales un margen reducido de decisión. La declaración de una organización política como inconstitucional sólo podría tener lugar en los casos más graves, como última ratio, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución» (considerando 41°).

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y CORTES SUPREMAS DE AMÉRICA LATINA

En el caso de Argentina, la Corte Suprema tiene una línea jurisprudencial consolidada acerca del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH,

La Corte Suprema de la nación Argentina, en caso *Recurso de Hecho Gramajo, Marcelo, de 2006*, ha señalado con claridad que los derechos garantizados por tratados internacionales junto con el texto constitucional forman un bloque de constitucionalidad:

«Corresponde declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre

derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental»⁸⁴.

Sobre la materia destaca el caso Mazzeo, cuya sentencia en su párrafo 21 sostiene textualmente:

«21) *Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que «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 mermados 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 —CIDH Serie C N- 154, caso «Almonacid», del 26 de septiembre de 2006, párraf. 124—»⁸⁵.*

El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, en Sentencia 1494/2004-R de 16 de septiembre de 2004, en fundamentos jurídicos III.1, segundo párrafo, con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución de 2009, ya sostenía que los tratados de derechos humanos formaban parte de un bloque de constitucionalidad con los derechos asegurados constitucionalmente:

«Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el art. 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el art. 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, «...forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de

⁸⁴ Sentencia de Corte Suprema de la Nación, caso Gramajo, 5 de septiembre de 2006.

⁸⁵ Caso «Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad», de 13 de julio de 2007. sobre la materia ver BAZÁN, Víctor, «El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos», en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario)*, Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17. LOIANO, Adelina (2008). «El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: «Arancibia Clavel», «Simón», «Mazzeo», en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar.

constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...» (*así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras*)».

La *Corte Constitucional colombiana* ya en sentencia C-225/95, determinó que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia forman con el texto formal de la Constitución un bloque de constitucionalidad:

«el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214 N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C. P. artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C. P., artículo 93)» (Fundamento Jurídico n° 12).

La *Corte Constitucional de Colombia* en sentencia en expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002, precisa que forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en Estados de Excepción:

«Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional —bloque de constitucionalidad estricto sensu—, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control —bloque de constitucionalidad lato sensu—. En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C. P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.

En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii).»

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia V-282-90 del 13 de marzo de 1990 a las 17.00 hrs, determina que son parte del ordenamiento jurídico los tratados de derechos humanos, los cuales son patrón de interpretación de cualquier precepto constitucional o legal:

«En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula

directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son sólo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia»⁸⁶.

A su vez, La Sala Constitucional antes mencionada, en su fallo 3435 de 1992 y su aclaración n° 5759-93 determina que los tratados de derechos humanos que aseguran mayores atributos y garantías en materia de derechos que los asegurados y garantizados en la Constitución priman sobre esta última, aplicando adecuadamente el principio *favor homine* o favor persona:

«los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución».

La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia de 14 de mayo de 2004, vuelve a recordar que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y priman sobre la Constitución si ellos aseguran mayores atributos o garantías de los derechos que el texto constitucional:

«SOBRE EL RANGO Y VALOR NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. Aunque no es esta la sentencia para extenderse en este aspecto, sí resulta necesario tomar en cuenta las resoluciones número 63, de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco; número 1993 de doce de mayo de mil novecientos setenta y seis, número 2076 de trece de mayo de mil novecientos setenta y siete, y número 1984/47 de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que adoptaron las «Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos», las cuales son aplicables en nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, porque a través de esta previsión se han elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, debiéndoseles tener no solamente como criterios de interpretación de la Constitución, sino que en la medida en que aquellos sean más favorables priman por sobre ella (ver en tal sentido sentencias número 0709-91, 2313-95 y 1032-96)»⁸⁷.

⁸⁶ Citada por ARMIJO, Gilbert. «La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica». En *Revista Ius et Praxis*, año 9 n° 1, Talca, Chile. Ed. Universidad de Talca, 2003. pág. 51.

⁸⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.-

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 2008, reitera su línea jurisprudencial sobre la materia:

«Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta. Al respecto, la Sala Constitucional, desde la sentencia N° 1147-90 de las 16:00 hrs. de 21 de septiembre de 1990, ha señalado en términos generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre éstos; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política»⁸⁸.

El Tribunal Constitucional del Ecuador en el fallo N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003, ya antes de la actual Constitución de 2008, determinaba que las normas sobre derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana formaban parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, como asimismo determinaban la interpretación correcta de las disposiciones constitucionales ecuatorianas, como se señala en este caso de interpretación del artículo 187 de la Constitución vigente a la época, al respecto el Tribunal Constitucional sostuvo:

«Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación para el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del Poder Público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución.

{...}

«Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 08-012101-0007-CO, a las las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

«Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto tribunal que, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n° 52),

«Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria»⁸⁹.

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia emitida en abril de 2004, ha precisado el abandono del principio de jerarquía entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos, determinando que el principio de aplicación en la materia no es la jerarquía sino la norma que mejor proteja los derechos de las personas:

«{...} corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas mas favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el {derecho internacional de los derechos humanos} y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el {derecho internacional de los derechos humanos} y el derecho constitucional, es el trazo que mas distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

«En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el {derecho internacional de los derechos humanos}, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional,

⁸⁹ Citada por MORALES TOBAR, Marcos, «Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador», en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Talca, Chile, Ed. Universidad de Talca, 2003, pp. 104-105.

debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos»⁹⁰.

La *Corte Constitucional de Guatemala* ha determinado que los tratados de derechos humanos se integran al orden constitucional⁹¹, aún cuando no pueden reformar las disposiciones constitucionales formales:

*«ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformativa o derogatoria» (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente n° 280/90, considerando VIII)*⁹².

En otro caso, el expediente 30-2000, la Corte de Constitucionalidad consideró:

«la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal (...). Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena (...). Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple) aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido es la libertad individual (...) en ese orden de ideas, se retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal... tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea supuestos de razón más que de palabras aisladas, y teniendo presente mutatis mutandi la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: «las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones) citada por Manuel Juan Vallejo, La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional, Dykinson, Madrid, 1999, página 108)

⁹⁰ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras», Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto en Revista Diálogo Jurisprudencial n° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153-163.

⁹¹ Ver GUTIÉRREZ DE COLMENARES, Carmen María. (2003). «Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala», En Revista *Ius et Praxis*, volumen 9 n° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. pp. 117-156.

⁹² Ver DULITZKY, Ariel. (1996). Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano, en BUERGENTHAL, Thomas y CACADO TRINDADE, Antonio, *Estudios Especializados de derechos humanos*. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, p. 158.

resulta que el acto reclamando violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 in fine de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, (...)» (Expediente 30-2000, Gaceta Jurisprudencial 58).

A su vez, la corte de constitucionalidad de Guatemala en fallo de 2009, precisa que la consulta y los demás derechos regulados en el Convenio 169 de la OIT, tienen jerarquía constitucional engrosando los derechos asegurados por la constitución en sus artículos 1º al 149, por lo cual las licencias de reconocimiento, exploración y explotación mineras y las licencias de hidroeléctricas otorgadas por el Ministerio de Energía y minería sin la correspondiente consulta son arbitrarias e inconstitucionales por vulnerar el derecho constitucional de consulta y los demás derechos colectivos e individuales asegurados por la constitución política y los tratados ratificados por Guatemala en materia de derechos Humanos⁹³.

La Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal, en sentencia de 14 de mayo de 2007, en recurso de revisión 10-2006, interpuesto por persona condenada a pena de muerte, determinó que la reforma al Código penal introducida en 1996 para extender la pena de muerte como sanción por el delito de secuestro sin resultado de muerte de la víctima es violatorio del art. 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, metiéndose también a otros artículos de dicha Convención y a Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (3/83, Restricción a la Pena de Muerte; 14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención):

«Al analizar la reforma al artículo 201 del Código Penal (Decreto 81-96 del Congreso en mención), dicha figura sigue conteniendo los mismos elementos originales del plagio o secuestro, pero como consecuencia jurídica en todo caso, la pena de muerte, lo cual da sustento para afirmar que dicha reforma extendió la pena de muerte a una conducta que no contemplaba dicha sanción, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, ya que dicho artículo prohíbe extender la aplicación de la pena de muerte a aquellos delitos que no tengan contemplada dicha sanción (Opinión consultiva OC-3/83, emitida el 8 de septiembre de 1983 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) da sustento para afirmar. (...)En este orden de ideas, esta Cámara estima que imponer la pena de muerte cuando la víctima no fallece como producto del plagio o secuestro, tal como ocurre dentro del presente asunto, es extender dicha pena a un caso que no se encontraba contemplado en su versión original, lo cual viola el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la cual fue ratificada por el Estado de Guatemala desde 1978 (...) aceptando Guatemala

⁹³ Sentencia de Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 21 de diciembre de 2009.

no extender la pena de muerte a casos no previstos en la ley, y si en fecha posterior se permite imponerla, generaría responsabilidad al Estado de Guatemala y a sus funcionarios (Opinión Consultiva OC-14/94, emitida el 9 de diciembre de 1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) al tenor del artículo 155 constitucional. Por las razones expuestas deviene palmariamente la procedencia de la acción promovida.»

El pleno de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* resolvió, en la sesión pública del 12 de julio de 2011, por 7 votos contra 3, que las sentencias de la Corte Interamericana de Justicia que condenen al Estado mexicano son obligatorias para el Poder Judicial; que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos se deben aplicar de manera directa e inmediata, haciendo efectivo el control de convencionalidad *ex officio* por parte de cada uno y todos los jueces del Estado mexicano, sean estos federales o locales, y que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores para los jueces mexicanos.

El *Tribunal Constitucional peruano* ha precisado a través de su jurisprudencia que los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos se integran al bloque de constitucionalidad, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad, como asimismo las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas en conformidad a tales tratados:

En tal sentido en sentencia n° 1124-2001-AA/TC, ha precisado que:

«de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55 Const.)»⁹⁴.

Una segunda sentencia del *Tribunal Constitucional peruano* aún más clara, sobre la materia en análisis, tal es el fallo en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

«la noción de 'sustento constitucional directo' (...) no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tra-

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n° 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9°; en el mismo sentido STC n° 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2°.

tados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o “bloque de constitucionalidad” »⁹⁵.

Asimismo, el *Tribunal Constitucional del Perú*, en sentencia de julio de 2006, ha precisado que los poderes públicos deben incorporar en el contenido de los derechos constitucionales los atributos y garantías de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos ya que existe una identidad nuclear sustancial de protección de la dignidad de la persona humana:

«(...) La Constitución ... exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder»⁹⁶.

La Corte Suprema de la República Dominicana, ya antes de la Constitución de 2010, que reconoce explícitamente el bloque de constitucionalidad de la Constitución formal y los tratados de derechos humanos, ya en sentencias había reconocido la existencia de dicho bloque constitucional por vía jurisprudencial. Una sentencia que razona en tal sentido es la de su *Cámara Civil*, en sentencia de casación de 6 de mayo de 2009, en contra de sentencia de la Primera Sala Civil y Comercial de la Corte de Apelaciones del Distrito Nacional se pronuncia declarando inconstitucional y nula la sentencia en atención al no reconocer la doble instancia exigida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

«en virtud de lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución N° 739 del 25 de diciembre de 1977, ... la Suprema Corte de Justicia, pretorianamente, por su sentencia del 24 de febrero de 1999, instituyó por vez primera el procedimiento para ejercer la acción de amparo previendo en el mismo el recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apela-

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. n° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Fernández, fundamento jurídico 9°.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N2730-2006-PA/CT – 21 de julio de 2006, caso de Arturo Castillo Chirinos, considerando 9. Ver texto completo en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 2; Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007. Texto completo del fallo, pp. 275-307.

ción correspondiente y deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia de primer grado, con lo cual se otorgó en ese ámbito carta de ciudadanía a la apelación, que como instancia procesal ya había sido reconocida en la citada Convención internacional.»

Luego la Corte Suprema reconoce que la ley N° 437-06 del 6 de diciembre de 2006, que creo legislativamente el Recurso de Amparo, estableció en su artículo 29 que la sentencia de amparo no podía ser impugnada mediante ningún recurso ordinario no extraordinario, salvo la tercería o la casación.

La Corte Suprema de República Dominicana considerando, que esa supresión:

«por vía adjetiva se produce no obstante la preindicada normativa internacional consagrada igualmente en su artículo 8.2.b, el derecho del imputado a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior o, lo que es lo mismo, el derecho de requerir del Estado un nuevo examen del caso; que esta garantía reconocida a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos en su artículo 14 numeral 5, y otros instrumentos internacionales, forma parte de las reglas mínimas que, según la Resolución N° 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia de 13 de noviembre, debe ser observada no solo en los procesos penales, sino, además en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter:

Considerando que reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico en la citada resolución, integrado por la Constitución y los citados instrumentos internacionales, se impone su aplicación armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los preceptos, normas y valores que lo integran, asegurándose de este modo la constitucionalización del proceso judicial;

Considerando, que, por otra parte, tanto la apelación, reconocida como derecho fundamental de los justiciables, como se ha visto, como la casación tienen en nuestro derecho positivo categoría sustantiva en razón de que la primera, es consagrada tanto por el artículo 71, numeral 1 de la Constitución, como por el bloque de constitucionalidad, y la segunda, por el artículo 67, numeral 2, de la Constitución;

(...)

Considerando, que como la Corte a quo no pudo estatuir sobre el fondo del recurso de apelación por haber sido declarado inadmisibile en atención al artículo 29 de la Ley n° 437-06, el que se declara contrario a la Constitución por esta sentencia, procede la devolución del expediente a la misma Corte, a los fines que se indican en el dispositivo de esta sentencia»

El sobrevuelo por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y cortes supremas latinoamericanas realizado acredita que ellas han incorporado los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y al parámetro de control de constitucionalidad de las normas internas, ejerciendo eficazmente un control de convencionalidad integrado en muchas oportunidades con el control

de constitucionalidad, aplicando siempre el principio *pro homine* o *favor persona*, vale decir, la norma que mejor asegure y garantice los derechos del ser humano o aquella que los limite o restrinja menos.

5. CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo con las materias analizadas en este artículo puede considerarse que los estados partes del sistema interamericano, han asumido las obligaciones generales de asegurar y garantizar cada uno y todos los derechos humanos en sus atributos y garantías contenidos en la CADH y sus convenciones complementarias (art. 1.1.), como la de adecuar su ordenamiento jurídico a dichas obligaciones convencionales a través de medidas legislativas o de otro carácter, dentro de las cuales, se encuentran las resoluciones jurisdiccionales que deben adoptar los tribunales ordinarios, especiales o constitucionales (art. 2 CADH).

Los estados partes del sistema interamericano de Derechos Humanos deben asumir como estándares mínimos en materia de derechos humanos aquellos consignados en los instrumentos internacionales, cuyos atributos y garantías de tales derechos, en algunos casos constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como es el caso de Chile; y en muchos otros estados latinoamericanos constituyen normas de jerarquía constitucional.

Los estados partes del sistema interamericano han asumido que si su ordenamiento jurídico interno no se adecua a las obligaciones generales deben adoptar las medidas necesarias para concretar dicha adecuación, lo que implica modificar la Constitución, adoptar preceptos legales, resoluciones administrativas, desarrollar prácticas políticas y administrativas, como asimismo, emplear las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales en su respectivo ámbito competencial para concretar los estándares mínimos convencionales.

Los estados partes del sistema interamericano de derechos humanos están vinculados por el artículo 29 de la CADH, cuyo literal b) establece como regla básica de interpretación el principio *pro homine* o *favor persona*, el cual consiste en que entre dos enunciados normativos que contienen atributos y garantías de derechos fundamentales, siempre debe aplicarse aquel que asegura mayor cantidad de atributos o garantías de los derechos, como asimismo debe aplicarse siempre en caso de normas restrictivas o limitadoras de derechos aquella que restrinja menos los atributos y garantías de los derechos, como asimismo dichas restricciones o limitaciones deben considerarse para el caso específico determinado normativamente sin poder extenderse a otros casos por analogía. Ello

implica que en materia de derechos humanos el principio que impera no es el de jerarquía normativa, sino aquella norma que mejor protege los derechos.

El sistema interamericano de derechos humanos constituye las bases de un orden público y *ius commune* regional interamericano que vincula y constituye estándar mínimo de todos los estados partes en materia de derechos fundamentales.

El sistema interamericano como orden público regional e *ius commune* regional americano debe cumplirse de buena fe y sin poner obstáculos de derecho interno, todo ello de acuerdo con los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que sin dejar de ser derecho internacional se ha incorporado al derecho interno de los estados partes.

Los estados partes del sistema interamericano han consentido en limitar su propia potestad jurisdiccional, otorgándole jurisdicción y competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar y aplicar los instrumentos del sistema interamericano de derecho humanos a través de sentencias vinculantes para los estados partes, sin recursos contra ellas, asumiendo sus resoluciones como obligaciones de resultado, constituyendo las atribuciones jurisdiccionales de la CIDH un control de convencionalidad que se manifiesta en sus Opiniones Consultivas y en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa a través de la resolución de los casos específicos.

Los estados partes del sistema interamericano asumen que el control de convencionalidad concentrado que ejerce la CIDH puede obligarlos a modificar cualquier norma de su ordenamiento jurídico interno, como asimismo a adoptar y modificar conductas y prácticas que sean contrarias al estándar mínimo de los derechos convencionales en la aplicación e interpretación determinada por la CIDH como intérprete final del sistema.

La CIDH ha precisado que todos los tribunales nacionales ordinarios, especiales y constitucionales deben realizar un control de convencionalidad, ya que deben aplicar los estándares convencionales en la resolución de los casos específicos, de acuerdo con la interpretación auténtica determinada por la CIDH como intérprete final de la CADH, como estándar mínimo de aseguramiento y garantía de derechos fundamentales, lo que implica la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH con un muy escaso margen de apreciación por los tribunales nacionales, al menos en las materias que han resueltas hasta el presente.

En el caso chileno, cabe explicitar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a diferencia de los demás tribunales constitucionales latinoamericanos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Sala Constitucional de Costa Rica), como asimismo de nuestra Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia,

presta poca atención a la jurisprudencia de la CIDH, a pesar de que ella integra el parámetro de control de convencionalidad que el Tribunal Constitucional chileno debe tener presente para resolver los casos en que estén implicados los derechos fundamentales. En efecto, dicha escasa atención se explicita en que sólo en un caso en el año 2009 y uno en el 2010, se asume los lineamientos jurisprudenciales de la CIDH, como asimismo, que en dos casos relevantes de 2008, sobre el derecho al recurso, el Tribunal Constitucional resolviera en clara contravención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la consiguiente responsabilidad como Estado juez, de hacer asumir al Estado de Chile el riesgo de ser condenado por la CIDH, la que podría determinar la responsabilidad internacional del Estado por el ilícito de violación de derechos humanos, sabiendo que ello constituye vulneración de los artículos 1.1, 2 y 8.2 literal h) de la CADH, por no atender a los parámetros del control de convencionalidad fijados claramente en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, como además, lo hicieron presente algunos ministros del Tribunal en su voto disidente en rol n° 1130-2008-INA.

Los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales domésticos deben ejercer habitualmente el «*control de convencionalidad*» para no hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado por violación de derechos humanos, sin perjuicio, que será la CIDH la que determinará finalmente si el control de convencionalidad desarrollado por parte de los tribunales nacionales resulta compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado con el sistema interamericano a la luz de la propia jurisprudencia de la CIDH, lo que posibilita a éste último analizar en las actuaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales aquellos aspectos que implican violaciones de las obligaciones internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso específico.

Title:

THE CHALLENGES OF CONTROL OF CONVENTIONALITY OF THE INTER-AMERICAN CORPUS IURIS BY NATIONAL COURTS, AND ITS DIFFERENTIATION WITH THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY.

Resumen:

En este artículo se analiza el control de convencionalidad en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el cual tiene una versión concentrada que realiza la CIDH y una versión descentralizada que deben realizar las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, analizando asimismo las diferencias entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad que deben efectuar los tribunales nacionales.

Abstract:

The article analyses the control of conventionality in the inter-american human rights protection system, with a concentrate dimension that exerts the Inter-American Court of Human Rights an a decentralized version that must run jurisdictions domestic of the State parties, also analyzing the differences between the control of constitutionality and control of conventionality to be carried out by the national courts.

Palabras clave:

Control de convencionalidad; Corpus iuris interamericano. Tribunal Constitucional chileno. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad.

Key words

Conventionality control; Inter American Corpus Iuris. Chilean Constitutional Court. Control of conventionality. Control of constitutionality.